

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LARISSA GUIMARÃES

**OS EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
PROFERIDAS EM CONTROLE CONCRETO SOB A PERSPECTIVA DO *STARE
DECISIS***

CURITIBA

2011

LARISSA GUIMARÃES

**OS EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
PROFERIDAS EM CONTROLE CONCRETO SOB A PERSPECTIVA DO *STARE
DECISIS***

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Civil e Processual Civil da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel no Curso de Graduação em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart.

Co-orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni.

CURITIBA

2011

TERMO DE APROVAÇÃO

LARISSA GUIMARÃES

**OS EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROFERIDAS
EM CONTROLE CONCRETO SOB A PERSPECTIVA DO *STARE DECISIS***

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

Prof. Dr. Clayton Maranhão

Prof. Dr. Roberto Benghi Del Claro

Profa. Msc. Juliana Pondé Fonseca

Curitiba, 25 de novembro de 2011.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Redentor que vive, Nosso Senhor e Salvador Jesus Cristo.

Aos meus pais, pelo amor e apoio incondicionais.

Aos professores Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni, pela orientação.

Aos amigos e colegas, Erick e Luiz Henrique, pelo companheirismo e debates, imprescindíveis à realização desse trabalho.

Aos amigos André, Fernanda, Gabriela e Paulo, pelo carinho e incentivo.

RESUMO

O objeto de estudo da presente pesquisa corresponde a uma análise de direito comparado, direcionada a aferir a necessidade da observância de um sistema de precedentes no Brasil, país herdeiro da tradição jurídica do *civil law*. Nesse diapasão, buscou-se examinar a convergência das tradições jurídicas do *common law* e do *civil law* no que diz respeito ao papel do juiz, empregando-se um método histórico-crítico. Observou-se que a formação do *État de Droit* a partir do ideário da Revolução Francesa se fez, por intermédio, da invenção do dogma da legalidade estrita. Ou seja, houve a preocupação em silenciar os magistrados, que deveriam apenas “proferir as palavras da lei”, em razão do temor de que estes, ligados aos interesses do Antigo Regime, deturpassem-na, obstando os escopos revolucionários. Verificou-se, por outro lado, que, na Revolução Gloriosa (Inglaterra), não houve semelhantes temores, tendo em vista que os magistrados se encontravam ao lado do Parlamento na luta contra os arbítrios do monarca, pelejando pela prevalência do direito do reino sobre o absolutismo. Na contemporaneidade, contudo, houve uma aproximação entre os poderes do juiz nessas tradições. Isto em função do constitucionalismo que, em muitos sistemas, teve o condão de atribuir ao magistrado a incumbência de controlar a lei a partir dos direitos consagrados na Constituição (*judicial review*). É o caso do Brasil, cujo aparato de controle de constitucionalidade se aproxima do norte-americano em razão de adotar, à semelhança deste, o controle difuso, isto é, aquele que é poder-dever de todo e qualquer juiz, não constituindo prerrogativa de um único órgão. Operou-se, em decorrência, a quebra do mito do juiz como “oráculo” da lei. Ora, se ao magistrado foi outorgado o cometimento de controlar a constitucionalidade da lei, é evidente que ele não está adstrito a declarar as palavras desta, sendo imperativo que a interprete e, além disso, faça-o conforme a Constituição. Num sistema de controle difuso de constitucionalidade, no entanto, vislumbra-se o risco de um juiz aplicar uma lei por considerá-la constitucional e, outro deixar de aplicá-la por reputá-la contrária à Constituição. As conseqüências são a quebra da unidade do ordenamento jurídico-constitucional e um estado de grave insegurança jurídica. Nessa esteira, busca-se, mediante revisão bibliográfica, aferir a necessidade do *stare decisis* – regra do *common law* atinente à vinculação dos precedentes judiciais – para a salvaguarda dos direitos fundamentais dos jurisdicionados à segurança e à isonomia frente à interpretação do direito. Num segundo momento, passa-se ao exame dos efeitos das decisões proferidas em controle concreto, assim como da necessidade da suspensão para estender os efeitos de tais decisões.

Palavras-chave: Processo civil, Direito comparado, Precedentes judiciais, Controle de Constitucionalidade

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A CONVERGÊNCIA ENTRE O PAPEL DO JUIZ NO <i>COMMON LAW</i> E NO <i>CIVIL LAW</i>	9
1.1 O PAPEL DO JUIZ NO <i>CIVIL LAW</i>	9
1.2 O PAPEL DO JUIZ NO <i>COMMON LAW</i>	11
1.3 <i>JUDICIAL REVIEW</i>	14
1.4 CONVERGÊNCIAS	15
2 ESTADO DE DIREITO E RESPEITO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS	18
2.1 SEGURANÇA JURÍDICA	18
2.2 COERÊNCIA NORMATIVA	20
2.3 INTEGRIDADE COMO VIRTUDE ADICIONAL	22
2.4 OUTRAS RAZÕES PARA SEGUIR PRECEDENTES	25
2.5 A DOCTRINA DOS PRECEDENTES	26
2.5.1 <i>Ratio decidendi</i>	26
2.5.2 <i>Obiter dictum</i>	29
2.5.3 <i>Stare decisis</i>	31
2.5.4 Limites ao <i>stare decisis</i>	31
3 OS EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE CONCRETO E A SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA LEI	33
3.1 EFEITOS DAS DECISÕES NO CONTROLE CONCRETO	33
3.2 SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL	37
3.2.1 Posição do Supremo Tribunal Federal	40
3.2.2 Incongruências	43
3.3 SUSPENSÃO E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	45
3.4 AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE CONCRETO COMO PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, o controle abstrato de constitucionalidade sofreu considerável ampliação. Além do acréscimo do rol de legitimados para a propositura de ações diretas, o artigo 102, § 2º consagrou, expressamente, a eficácia vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública.

Nada obstante, com relação ao controle concreto de constitucionalidade, não existe previsão alguma de eficácia vinculante, sendo que a única indicação expressa no texto constitucional diz respeito à atribuição, ao Senado Federal, da competência privativa de suspender a execução das leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (artigo 52, inciso X).

Ademais, na modalidade concreta de controle, de inspiração norte-americana, a tese da eficácia vinculante não é aceita pela literatura jurídica, tampouco pela posição jurisprudencial majoritária, sob o argumento de que o *stare decisis* – força obrigatória dos precedentes – consistiria em regra incompatível com o sistema jurídico brasileiro. Isto porque, diferentemente do que ocorreria no *common law*, o juiz do *civil law* não seria dotado de autoridade para criar o direito.

Frise-se, contudo, que não se pode dar conta das semelhanças e distinções entre os poderes do juiz, nessas duas grandes tradições jurídicas, sem um estudo de direito comparado um pouco mais aprofundado.

De tais ponderações exsurge o objetivo geral do presente trabalho, que tem por meta a compreensão da eficácia vinculante das decisões do STF proferidas em controle concreto, a partir da regra do *stare decisis* e, mais especificamente, a partir da noção de *ratio decidendi*, figuras essenciais à tradição jurídica anglo-saxã.

Para tanto, passa-se, preliminarmente, por um estudo crítico-comparativo, a fim de delinear as convergências e afastamentos entre o papel do juiz no *common law* e no *civil law*.

Em segundo lugar, examina-se a regra do *stare decisis* e empreende-se uma tentativa de compreensão das diferentes possibilidades conceituais da noção de *ratio decidendi*. Busca-se, ainda, entender as relações da regra do *stare decisis* com o controle difuso de constitucionalidade, de inspiração norte-americana,

averiguando-se também a necessidade da adoção do *stare decisis* à luz da garantia da integridade do ordenamento jurídico-constitucional e da tutela dos direitos fundamentais à segurança jurídica e à isonomia frente à interpretação do direito.

Visa-se, em seguida, examinar a suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional pelo STF, indagando-se acerca da necessidade e utilidade do instituto para a atribuição de eficácia vinculante às decisões do Supremo que declaram a inconstitucionalidade de forma incidental.

Feita tal análise, pretende-se aferir a possibilidade de releitura da eficácia vinculante, no direito brasileiro, sob a perspectiva da noção de *ratio decidendi*, com vistas à aplicação à modalidade concreta de controle.

1 A CONVERGÊNCIA ENTRE O PAPEL DO JUIZ NO *COMMON LAW* E NO *CIVIL LAW*

O objeto de estudo do presente capítulo corresponde a um exame de direito comparado, direcionado a aferir a necessidade da observância de um sistema de precedentes no Brasil, país herdeiro da tradição jurídica do *civil law*. Nesse diapasão, busca-se examinar a convergência das tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*, no que diz respeito ao papel do juiz, empregando-se um método histórico-crítico. A função criativa do juiz, antes relegada à tradição do *common law*, é hoje aceita em nosso modelo ou, ao menos, tida como inevitável. Dessa constatação decorre, contudo, a necessidade de reflexão acerca dos precedentes judiciais como fonte de direito, assim como acerca dos caminhos a serem trilhados para a garantia dos direitos fundamentais do jurisdicionado à segurança jurídica e à isonomia frente à interpretação do direito.

1.1 O papel do juiz no *civil law*

Enquanto na tradição do *common law*, os juízes costumam ser reconhecidos como protagonistas no desenvolvimento do direito, no *civil law*, atribui-se a eles papel de menor destaque. Indícios de tal atitude face aos magistrados podem ser encontrados na Roma Antiga, onde o *iudex* apresentava poder bastante limitado, decidindo com base em fórmulas fornecidas pelo pretor. Tal quadro persistiu, na Roma Imperial, pois, embora os magistrados fossem doutores no direito, eram oficiais públicos adstritos à vontade do imperador. A situação alterou-se no medievo, período no qual os juízes desempenharam papel importante na construção do direito comum¹.

Seriam apenas o ideário revolucionário francês e o desenvolvimento de uma teoria estrita da separação dos poderes que consolidariam, mais tarde², a ideia do juiz como “passiva e ‘inanimada’ *bouche de la loi*”, a quem “competia o único dever de aplicar aos casos concretos o texto da lei, um dever concebido como puramente

¹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition – an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3a ed. California: Stanford University Press, 2007, p. 34-36.

² Ibid, p. 37.

mecânico e em nada criativo”³. O desenvolvimento do dogma da legalidade estrita relacionava-se com o temor dos revolucionários ante os magistrados, os quais mantinham ligações com os interesses da aristocracia feudal e demais classes privilegiadas do Antigo Regime. Com o escopo de evitar que os juízes, ao interpretar as leis, deturpassem-nas, obstando os interesses da Revolução, foi-lhes vedado fazer outra coisa senão o proferir as palavras exatas da lei. Em caso de dúvida acerca de algum texto legal, poderiam saná-la, requerendo auxílio ao Corpo Legislativo⁴, já que somente era aceita a interpretação realizada pelo Parlamento.

Com o mesmo objetivo, foi criada a *Cour de Cassation*⁵, pelo decreto de 27 de novembro /1º de dezembro de 1790, a qual, a despeito do nome, era órgão político, imbuído da função de cassar as decisões judiciais que extrapolassem ou contrariassem o significado dos textos legislativos. Anulada a decisão, encarregava-se um novo juiz, de grau igual ao que prolatara a decisão anterior, de proferir outra decisão. Tal juiz, contudo, apresentava liberdade para “repetir” o erro interpretativo, sendo sua decisão também submetida ao Tribunal de Cassação. Nessa hipótese, determinava-se o envio para o Poder Legislativo para que fixasse a interpretação correta, mecanismo denominado de *référé obligatoire*. A interpretação do Legislativo tornava-se compulsória para o terceiro juiz, que deveria proferir decisão a ela conforme.

Mais tarde, ocorrido o relaxamento das ideologias revolucionárias, a Cassação se tornaria “o supremo órgão judiciário de controle dos erros cometidos pelos juízes inferiores”⁶, passando a ter a função de determinar a interpretação adequada das leis, em substituição ao Poder Legislativo, após a abolição do *référé obligatoire*, com a Lei de 1º de abril de 1837. Ressalte-se que a vedação à interpretação judiciária fora abolida com o Código de Napoleão⁷.

Observe-se, assim, o caráter iconoclástico que assumiu a Revolução Francesa, na medida em que buscou a destruição do Antigo Regime, bem como de todo o direito anterior a ela⁸. O objetivo era aniquilar as antigas ordens e construir

³ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 40.

⁴ O procedimento pelo qual os magistrados requeriam o auxílio legislativo para a interpretação da lei se designava de *référé facultatif*.

⁵ A princípio, a *Cour de Cassation* foi designada de *Conseil National pour la Conservation des Lois*.

⁶ CAPPELLETTI, Op. cit., p.43.

⁷ Ibid, p. 42-44.

⁸ No original: “(...) Tocqueville said that the Revolution ‘developed into a species of religion’. This development profoundly affected the revolutionary reforms in France, and since the revolutionary law

outra pautada nos princípios orientadores da Revolução, notadamente o racionalismo, o jusnaturalismo secular e o nacionalismo. Tal foi a ordem de idéias que embasou a codificação – o direito antigo cederia lugar a um ordenamento racional que unificaria toda a nação, solapando os velhos centros de poder e centralizando-o nas mãos do novo governo.

Na formação do *civil law* moderno, os magistrados foram vistos com grande desconfiança e, em virtude desse temor, procurou-se restringir o direito à lei, eliminando a pluralidade de fontes antes existentes. Como se observará adiante, no *common law*, a atitude frente aos magistrados foi completamente distinta – a figura do juiz sempre foi reputada importante para o desenvolvimento do direito. Além disso, não houve o anseio revolucionário de estabelecer um novo ordenamento jurídico restrito a provimentos legislativos. No *common law*, o direito é concebido como uma pluralidade de fontes, na formação da qual os juízes desempenharam papel fundamental⁹.

1.2 O papel do juiz no *common law*

O *common law* é reconhecido como a tradição jurídica caracterizada pelo juiz dotado da chamada *law-making authority*. Apesar de tal assertiva não estar equivocada, reduz a complexidade desse modelo, visto que o poder judicial de criar o direito nem sempre foi reconhecido¹⁰ e, até hoje, nessa tradição, persistem os debates acerca da natureza declaratória ou constitutiva da jurisdição¹¹.

Um dos expoentes da defesa da teoria declaratória foi William Blackstone que, na obra “*Commentaries on the Law of England*”, sustentou que os juízes são

of France has been extremely influential outside of France, the legal systems in many parts of the civil law world shows the effects both of the fervent utopianism that characterized the French Revolution and of reactions against it. The emphasis on separation of powers led to a separate system of administrative courts, inhibited the adoption of judicial review of legislation and limited the judge to a relatively minor role in the legal process” (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, *The Civil Law Tradition*, cit., p. 19.)

⁹ Ibid, p. 24-26.

¹⁰ É bastante difundida, nos países herdeiros da tradição romano-germânica, a ideia de que o magistrado no *common law* exerce amplos poderes de criação do direito. No entanto, tais poderes somente começaram a ser reconhecidos a partir das teorizações dos positivistas clássicos. Anteriormente, imperava a teoria declaratória da jurisdição. Sobre o assunto, WESLEY-SMITH, Peter. *Theories of adjudication and the status of stare decisis*. In: *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 73-74.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 39.

oráculos do direito, apresentando autoridade delegada não para proferir novo direito, mas para declarar o *common law*, o qual consistiria num direito preexistente composto dos costumes gerais do reino e dos costumes particulares de algumas partes do reino¹². Destarte, as decisões judiciais não criariam o direito, mas constituiriam apenas evidência do que este era.

A teoria declaratória foi violentamente criticada pelos positivistas clássicos, notadamente Jeremy Bentham e John Austin, tendo este a denominado de ficção de criança. A decisão judicial, para esses autores, era fonte do direito, ou seja, ao decidir, os juízes, dotados de *law-making authority*, criariam o direito, sendo este derivado da vontade dos magistrados.

Debate relevante em torno das teorias da jurisdição é relativo à influência destas no desenvolvimento do *stare decisis*, isto é, da doutrina dos precedentes com força vinculante. Argumentou-se no sentido de que o advento do *stare decisis* estaria relacionado à derrocada da teoria declaratória provocada pelo ataque positivista. Isto porque, na teoria declaratória, a decisão judicial é apenas evidência, declaração do que o direito é, de modo que os juízes não poderiam estar adstritos a seguirem precedentes judiciais, já que estes poderiam não representar o verdadeiro direito. A partir desse ponto de vista, a teoria constitutiva da jurisdição dá maior respaldo ao dever judicial de seguir precedentes, pois os admite como fonte do direito¹³.

Por outro lado, a teoria constitutiva não fornece explicação alguma para a vinculação dos juízes aos precedentes. Nesse sentido, Neil MacCormick esclarece que o ataque positivista fez com que os juízes não pudessem mais se socorrer da ideia de um “verdadeiro” direito preexistente para embasar decisões contrárias a entendimentos anteriores. Reconhecendo a vontade dos magistrados como fonte do direito, Austin sugeriu aos juízes que abandonassem a teoria declaratória e legislassem, porém, recusou-se a proposta¹⁴. O resultado da negativa à proposta da teoria constitutiva teria sido justamente a base para o desenvolvimento do *stare decisis*, visto que os magistrados acabaram por seguir os precedentes judiciais, para

¹² BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*. Volume 1. Facsimile of the first edition of 1765-1769. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, p. 67.

¹³ MARINONI, *Precedentes Obrigatórios*, cit., p. 27.

¹⁴ MACCORMICK, Neil. *Can stare decisis be abolished?* Judicial Review, 1966, p. 204-205.

que não fossem acusados de estarem usurpando a função legislativa. Logo, ambas as teorias se adequaram “a um sistema de respeito obrigatório aos precedentes”¹⁵.

A partir desses breves apontamentos acerca das teorias da jurisdição, percebe-se que, mesmo sob a égide da teoria declaratória, no seio do *common law*, sempre se deferiu função importante ao juiz, a quem era atribuída a incumbência de declarar qual era o direito superior do Reino, desempenhando, portanto, papel de guardião das garantias asseguradas pelo *common law*, ainda que contra os desígnios do absolutismo real.

Diferentemente do que ocorreu na França revolucionária, os magistrados não foram vistos como inimigos da chamada Revolução Gloriosa (1688). Pelo contrário, somaram esforços com o Parlamento no intuito de fazer prevalecer o *common law* – entendido como o conjunto das leis fundamentais dos *Englishmen* – contra a tirania do monarca¹⁶.

O princípio da supremacia do Parlamento apresentou conotação completamente diversa nessa tradição jurídica (*supremacy of the English Parliament*). Este não teve o condão revolucionário de excluir os juízes do desenvolvimento do direito, mas envolveu a conjunção de magistrados e legisladores na luta contra o arbítrio real, para a garantia dos direitos elementares do povo inglês, ou seja, a segurança e liberdade pessoais, além da propriedade privada¹⁷.

Ressalte-se que, na base da ideia de Estado de Direito inglês, encontra-se o *common law*, compreendido como direito superior, ao qual o Parlamento também devia respeito. Jamais se almejou a aniquilação do direito antigo. Além disso, mesmo após a Revolução Gloriosa:

(..) A atividade legislativa desempenhou um papel menor no desenvolvimento geral do direito, o qual se processava, principalmente, em função das decisões dos tribunais interpretando o *common law*. De qualquer modo, as leis editadas pelo Parlamento tinham que ser reforçadas pelos tribunais que, apesar de reconhecerem seu dever de respeitar a vontade do Parlamento, construíam os provimentos legislativos em consonância com os direitos e liberdades protegidos pelos princípios estabelecidos pelo direito do Reino, a não ser quando o Parlamento expressamente previsse a derrogação desses princípios. Acima de tudo isso, deve-se ter em mente

¹⁵ MARINONI, *Precedentes Obrigatórios*, cit., p. 33.

¹⁶ MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, *The Civil Law Tradition*, cit., p. 17.

¹⁷ GROTE, Rainer. *Rule of Law, État de Droit and Rechtsstaat* – The origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments. Disponível em: <<http://www.eur.nl/frg/iac/papers/grote.html>>. Acesso em 15 de jan. 2011, p. 3.

que, historicamente, os poderes de criação do direito do Parlamento desenvolveram-se a partir das suas antigas funções judiciais como conselheiro do Rei em matérias jurídicas. (...) Mesmo no final do século XIX, (...) o Parlamento era visto mais como uma corte jurisdicional do que como um órgão legislativo¹⁸.

1.3 Judicial review

Feitas essas considerações, importa abordar relevante precursor da noção de controle judicial dos atos governamentais: a doutrina defendida, no caso Bonham de 1610, por Lord Coke, o qual anunciou que “(...) *in many cases, the common law will control acts of parliament... for when an act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such act to be void*”¹⁹. Assim, tomou corpo a ideia de um direito natural superior que serviria de parâmetro para o controle da validade dos demais atos normativos, apesar dessa formulação remeter ao pensamento antigo, assim como à filosofia medieval²⁰.

Os colonos norte-americanos lançaram mão de tal ordem de ideias, a fim de se protegerem contra os abusos da Coroa. Aproveitando-se da formulação de Coke, adotou-se o entendimento de que os atos da Coroa que violassem o direito comum e a equidade natural seriam nulos. Com a Independência dos Estados Unidos e a influência do ideário iluminista, preservou-se o conceito de um direito superior como parâmetro de controle, contudo, no lugar de uma “lei natural superior”, colocou-se a ideia de uma constituição escrita, cuja função seria a de salvaguardar a vontade estabelecida pelo Poder Constituinte contra os arroubos dos poderes constituídos²¹.

¹⁸ No original: “(...) statutory enactments played a minor part in the general development of the law which proceeded mainly on the basis of court decisions interpreting the common law. In any case, the statutes adopted by Parliament had to be enforced by the courts which, although acknowledging their duty to defer to the will of the legislature, would construe the statutory rules in accordance with the rights and liberties protected by the established principles of the common law unless Parliament explicitly stated that it wished to derogate from those liberties. Above all it must be borne in mind that historically the law-making powers of Parliament developed out of its early judicial functions as an adviser to the King in legal matters. (...) Even at the end of the nineteenth century..., Parliament was still seen more as a court than as a legislature”. (GROTE, Rainer. *Rule of Law, État de Droit and Rechtsstaat* cit., p. 3.)

¹⁹ Tradução livre: “(...) em muitos casos, o *common law* controlará as normas editadas pelo Parlamento..., pois quando uma lei for contrária à razão e ao direito comum, ou repugnante, ou impossível de ser levada a efeito, o *common law* a controlará e a declarará nula”. (8 Coke’s Reports 118 a; 77 Eng. Rep. 652, *apud* CAPPELLETTI, *O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado*. cit., p. 59.)

²⁰ *Ibid*, p. 49-52.

²¹ GROTE, Op. cit., p. 4.

No famoso caso *Marbury versus Madison* (1803), o *Chief Justice* John Marshall consolidou a concepção de que os poderes constituídos, ao editarem atos normativos, estão vinculados aos imperativos constitucionais, de sorte que, se tais atos forem incompatíveis com a Constituição, carecerão de validade. A apreciação da validade dos atos em face da Constituição compete ao Judiciário que, no exame do caso concreto, tem o poder de negar aplicação àqueles reputados inconstitucionais. Emerge, assim, a doutrina do *judicial review*, desenvolvimento pretoriano que decorre da concepção iluminista de constituição escrita e rígida – lei fundamental que não pode ser modificada mediante atos legislativos ordinários²².

1.4 Convergências

O *civil law* é conhecido como a tradição jurídica em que abundam os diplomas legislativos e os códigos, em contraposição ao *common law*, que seria produto da construção dos magistrados. Frise-se que tais pré-conceitos não se prestam a distinguir essas duas grandes tradições jurídicas ocidentais. Há Estados que se enquadram no modelo anglo-saxão, mas apresentam enorme quantidade de diplomas legislativos. Um exemplo disso é o próprio direito norte-americano, no qual se editam numerosos códigos e atos legislativos. Em resumo, o que diferencia as duas tradições não é a existência de códigos, mas a ideologia que os norteia²³.

Na esteira do que se explicava acima, no *common law*, não se procurou alijar os juízes da construção do direito, de modo que a feitura de Códigos vem desvinculada da ideia de elaboração de uma lei “à prova de juízes”, ou seja, dotada de tal clareza, completude e coerência que dispensasse a construção judicial²⁴. As lacunas são encaradas de forma natural e, a construção do direito pela interpretação judicial, além de inevitável, é tida como imprescindível para o desenvolvimento do ordenamento jurídico-constitucional. Merryman e Pérez-Perdomo esclarecem:

Onde os códigos existem, não há pretensão de completude. O juiz não é compelido a encontrar o fundamento para a sua decisão dentro do Código. Normalmente, ademais, esses códigos não são rejeições do passado; eles

²² CAPPELLETTI, *O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 47-48.

²³ MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, *The Civil Law Tradition*, cit., p. 27-28.

²⁴ *Ibid*, p. 42.

não visam a abolir todo o direito anterior da sua área, mas antes objetivam aperfeiçoá-lo, suplementá-lo²⁵.

Contudo, hodiernamente, as distinções entre essas tradições se encontram mitigadas. Verifica-se uma aproximação entre o *common law* e o *civil law*, havendo caído por terra o mito segundo o qual o magistrado se limita a proferir as exatas palavras da lei, ou ainda, conforme o qual a interpretação consiste em atividade apta a extrair o “verdadeiro” sentido da norma. Reconhece-se, na tradição romano-germânica, ao menos, a inevitabilidade da construção judicial do direito frente à pluralidade de sentidos albergados pelos textos legislativos²⁶.

Outro fator relevante que demonstra a convergência entre essas tradições jurídicas reside no constitucionalismo moderno, mais especificamente na feição que este assumiu no direito norte-americano, que influenciou outros ordenamentos, entre eles, o brasileiro. À semelhança dos Estados Unidos, o Brasil adotou o controle difuso de constitucionalidade – desde a primeira constituição republicana (1891) – caracterizado pelo cometimento do poder-dever de controlar a constitucionalidade a todos os juízes, não sendo tal função prerrogativa privativa de um único órgão. Em decorrência, operou-se a derrocada do mito do juiz mera *bouche de la loi*, reconhecendo-se a este amplos poderes na conformação do direito. Ora, se cabe ao magistrado se manifestar acerca da constitucionalidade das leis, afastando a aplicação, ao caso concreto, daquelas reputadas desconformes aos direitos e garantias consagrados na Constituição, é evidente que ele não está adstrito à exegese do texto legal²⁷.

Nada obstante, os poderes dos magistrados não se restringem, neste panorama, à declaração incidental da inconstitucionalidade, com o afastamento da aplicação de normas inconstitucionais. Há ainda técnicas, como a interpretação conforme a Constituição, a declaração da nulidade parcial sem redução de texto, assim como o suprimento de omissões inconstitucionais obstativas da fruição de direitos fundamentais, que constituem outras modalidades de controle judicial de constitucionalidade. Ademais, a própria interpretação dos atos normativos de acordo com a Constituição demonstra o considerável poder de construção do ordenamento

²⁵ MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, *The Civil Law Tradition*, cit., p. 33.

²⁶ MARINONI, *Precedentes Obrigatórios*, cit., p. 149-151.

²⁷ *Ibid*, p. 69.

jurídico-constitucional pelo Judiciário, a quem incumbe conformar as leis aos direitos e garantias fundamentais, consagrados pela Constituição²⁸.

Ao lado das técnicas referentes ao controle de constitucionalidade, vislumbram-se, no *civil law* contemporâneo, técnicas interpretativas que chamam o magistrado para uma atuação mais criativa. Dentre elas, destacam-se as cláusulas gerais, cuja abertura semântica exige a concretização do seu sentido, como, por exemplo, a boa-fé²⁹.

Destarte, verifica-se uma convergência entre os papéis do magistrado, no *civil law* e no *common law*, tendo em vista que, naquela tradição, o juiz também não se encontra restrito à letra da lei, cabendo-lhe construí-la mediante a interpretação, para que se adéque à tutela dos direitos fundamentais³⁰. Nessa perspectiva, Merryman e Pérez-Perdomo aduzem que “a importante distinção entre os processos judiciais do *civil law* e do *common law* não repousa naquilo que os tribunais, de fato, fazem, mas naquilo que o folclore dominante lhes diz que eles fazem”³¹.

²⁸ MARINONI, *Precedentes Obrigatórios*, cit., p. 91.

²⁹ No original: “It is true that the legislature has acted and that its action is expressed as a substantive rule of law, but the terms are so broad (“good faith”, which is not defined in the code, has an almost unlimited area of potential application) that the judge is hardly constrained by the legislative formulation. What the statute means depends on what judges do with it in concrete cases”. (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, *The Civil Law Tradition*, cit., p. 53.)

³⁰ MARINONI, Op. cit., p. 96.

³¹ No original: “The important distinction between the civil law and the common law judicial processes does not lie in what courts in fact do, but in what the dominant folklore tells them they do”. (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, Op. cit., p. 47.)

2 ESTADO DE DIREITO E RESPEITO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Diante das semelhanças existentes entre a atuação dos magistrados nas tradições anglo-saxã e romano-germânica, não há como negar que, nesta última, contemporaneamente, as decisões judiciais constituam fonte do direito, particularmente nos países – dentre eles, o Brasil – que adotaram o controle judicial difuso de constitucionalidade.

Não obstante o reconhecimento da inevitabilidade do papel dos juízes na construção do direito, convive-se com o seguinte paradoxo: tem-se o precedente como fonte do direito, mas não se incorpora a ideia da necessidade de respeito aos precedentes como determinante para a garantia da integridade do ordenamento jurídico, bem como para a efetividade dos direitos fundamentais do jurisdicionado à segurança jurídica e à isonomia frente à interpretação do direito³². Todavia, conforme se passará a demonstrar, o respeito aos precedentes é imperativo num Estado de Direito. Em seguida, abordar-se-ão alguns aspectos teóricos essenciais a uma prática de respeito aos precedentes.

2.1 Segurança jurídica

A segurança jurídica consubstancia-se num dos subprincípios concretizadores do Estado de Direito, ao lado do princípio da supremacia da Constituição, da legalidade da administração, da divisão dos poderes, do acesso à justiça, dentre outros³³. A segurança corresponde a preceito multifacetado, sendo simultaneamente direito fundamental da pessoa humana e princípio fundamental da ordem estatal. A proteção da confiança e a vedação do retrocesso social são algumas de suas dimensões mais relevantes. Não obstante, Ingo Wolfgang Sarlet frisa que “(...) nem mesmo o princípio fundamental à segurança jurídica e nem mesmo o complexo de direitos fundamentais... agasalhados pelo constituinte”, tais como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e a proibição da retroatividade da lei penal, “esgotam o elenco de possibilidades quando se cuida de

³² MARINONI, *Precedentes Obrigatórios*, cit, p. 136-138.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 255.

delimitar o âmbito de proteção de um direito à segurança jurídica, à luz do sistema constitucional brasileiro”³⁴.

Conforme postula José Joaquim Gomes Canotilho:

Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e a previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos de poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de poder estatal – legislativo, executivo e judicial³⁵.

Assim, o princípio do Estado de Direito, a partir das dimensões da segurança jurídica e da confiança, apresenta um aspecto objetivo que toca à estabilidade da ordem jurídica, assim como um aspecto subjetivo atinente às legítimas expectativas dos cidadãos quanto aos efeitos jurídicos de seus atos³⁶. Note-se, ademais, que a segurança apresenta uma relação estreita com a dignidade da pessoa humana, visto que constitui condição essencial para a garantia desta, assim como do complexo de direitos e garantias fundamentais que dela decorrem. Nesse sentido, ressalta Ingo Sarlet:

A dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas³⁷.

A garantia da segurança jurídica (e dos direitos fundamentais como um todo) passa, portanto, por uma ordem jurídica estável e apta a conferir previsibilidade aos jurisdicionados. Contudo, para promover um ordenamento revestido dessas qualidades, afigura-se insuficiente a existência de provimentos legislativos pré-

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 14, n. 57, out/dez de 2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 10-12.

³⁵ CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 257.

³⁶ Ibid, p. 259.

³⁷ SARLET, Op. cit., p. 14-15.

anunciados para regular as situações jurídicas, em razão da simples constatação de que a legislação demanda um processo de concretização ou determinação mediante decisões judiciais³⁸.

2.2 Coerência normativa

O Estado de Direito, numa acepção estática, exige a promoção da certeza jurídica e da segurança das expectativas jurídicas³⁹, ideais que, ponderam alguns, colidiriam com a necessidade de mudança e de realização da justiça no caso concreto. Uma adesão estrita a uma doutrina dos precedentes vinculantes teria por consequência o engessamento do ordenamento jurídico, isto é, sua impermeabilização relativamente aos ditames das novas circunstâncias sociais.

Por outro lado, aduz Neil MacCormick que o Estado de Direito não se opõe ao caráter argumentativo (e, portanto, mutável) do direito. Pelo contrário, num aspecto dinâmico, “o caráter argumentativo do direito não é a antítese do Estado de Direito, mas um dos seus componentes”⁴⁰.

Não só a certeza jurídica é corolário do Estado de Direito, mas também a possibilidade de os cidadãos contestarem as certezas construídas num dado momento histórico. A ambiguidade do direito não decorre somente da vagueza e das imperfeições da linguagem mediante a qual os textos legislativos são expressos, sendo gerada também, de forma substancial, pelo direito de defesa dos cidadãos em processos criminais ou cíveis⁴¹.

Diante da constatação de que o caráter argumentativo do direito representa uma das faces da garantia do próprio Estado de Direito, faz-se imperativo que se reformule o conceito de certeza jurídica, a qual passa a ser entendida como uma certeza provisória, ou melhor:

(...) uma certeza excepcionável (*defeasible*), sujeita a mudanças. Essa natureza provisória e excepcionável da certeza acaba não sendo, afinal de contas, algo que contrasta com o Caráter Argumentativo do Direito, mas algo que comunga de um fundamento comum com esse caráter. Esse fundamento é a concepção do direito de defesa construída dentro da

³⁸ MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 13.

³⁹ Ibid, p. 42.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Ibid, p. 36.

ideologia do Estado de Direito, compreendido como proteção contra a ação arbitrária dos governos⁴².

A fim de assegurar esse grau mínimo de certeza, MacCormick maneja o conceito de coerência, que se desdobraria em duas categorias: a normativa e a narrativa. A primeira apresenta um caráter sincrônico e diz respeito à “subordinação comum de um conjunto de leis a um valor ou valores relevantes”⁴³ ou ainda, à ideia de um conjunto que se sustenta de acordo com um propósito⁴⁴. Ou seja, trata-se de categoria que extrapola a mera exigência de consistência do ordenamento jurídico, isto é, de não contradição entre os seus componentes. A coerência narrativa, por sua vez, embora apresente pontos de contato com a normativa, com esta não se confunde, pois toca à comprovação de certos fatos ou eventos, exigindo que a descrição destes seja um conjunto coerente diacronicamente, uma ordenação de eventos sem incompatibilidades lógicas e que guardem entre si uma racionalidade⁴⁵.

No presente trabalho, interessa mais de perto a questão da coerência normativa, como categoria que demanda que o corpo jurídico seja um conjunto coerente num dado momento histórico. Note-se que, diferentemente do que ocorre na coerência narrativa, a análise é estática, não envolvendo a concatenação de fatos no decorrer do tempo⁴⁶.

Observe-se ainda que a coerência normativa se conecta com o ideal do direito como sistema, noção que “efetivamente inspira a atividade de implementação do direito”⁴⁷. Lembre-se que a coerência se justifica por ser indispensável à inteligibilidade do ordenamento, o que “é um elemento de justiça nas relações entre cidadão e Estado”⁴⁸. Ademais, um direito coerente vincula-se a “uma certa concepção de racionalidade na vida prática”, havendo também outras razões para buscar uma ordem revestida dessas qualidades, como a possibilidade de que os jurisdicionados detenham informações adequadas sobre o ordenamento vigente, bem como previsibilidade razoável quanto à aplicação do mesmo⁴⁹.

⁴² MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*, cit., p. 38.

⁴³ Ibid, p. 250.

⁴⁴ Ibid, p. 300.

⁴⁵ Ibid, p. 298.

⁴⁶ Ibid, p. 298-300.

⁴⁷ Ibid, p. 299.

⁴⁸ Ibid, p. 263.

⁴⁹ Idem.

Em suma, a coerência normativa concerne a uma “demanda prévia de justiça formal. Trata da demanda de que todos recebam o mesmo tratamento de acordo com as mesmas regras sob a mesma interpretação, e de um modo que faça um sentido geral, não caprichoso, não arbitrário⁵⁰”. Assim, embora tal virtude não consiga, isoladamente, assegurar a justiça, consiste em passo primordial na tentativa de alcance desse patamar. Isto porque consiste num mecanismo importante de controle dos juízes⁵¹ e de garantia da igualdade, como princípio segundo o qual casos semelhantes devem ser tratados da mesma forma (*treat like cases alike*).

2.3 Integridade como virtude adicional

A integridade, segundo assinala Ronald Dworkin, representa uma virtude política que não se confunde com a justiça e a equidade, consistindo em ideal autônomo⁵² que traz em si a exigência de que o direito seja visto como um sistema único e coerente de normas públicas, embasado em *princípios*⁵³. Note-se, no entanto, que a integridade representa uma “exigência adicional” em relação à coerência normativa de MacCormick, já que enseja a preocupação com a coerência da interpretação do direito ao longo do tempo. Isto é, apresenta uma feição diacrônica que a aproxima da coerência narrativa, acima abordada. Nesta esteira, MacCormick aponta que a integridade não representa “um substituto para a coerência que demandamos como questão de justiça formal entre as normas vigentes de um sistema num dado momento”, mas uma virtude a mais. Isto porque o ideal de que trata Dworkin inclui a coerência normativa sincrônica do ordenamento jurídico como sistema situado num dado momento histórico, ou seja, como totalidade coerente em cada estágio do seu desenvolvimento⁵⁴.

Com relação à integridade, esta compreende dois desdobramentos: uma dirigida ao legislador e outra atinente à função judicial. A primeira diz respeito àquilo que, aos legisladores, é facultado fazer ao criarem as normas públicas⁵⁵. Nessa

⁵⁰ MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*, cit., p. 302.

⁵¹ Ibid, p. 265.

⁵² DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 214-215.

⁵³ Ibid, p. 263-265.

⁵⁴ Ibid, p. 306.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Op. cit., p. 261-262.

dimensão, a integridade repele as decisões conciliatórias, que não se sustentam com base num princípio. Como exemplo, pode-se referir à situação hipotética em que o Parlamento edita norma permissiva do aborto apenas para as mulheres nascidas em anos pares. Tal solução legislativa, evidentemente, padeceria de ilegitimidade política, pois carece de consistência em termos de princípio⁵⁶.

A segunda dimensão da integridade direciona-se ao juiz, ao qual cumpre a função de interpretar o direito como “um romance em cadeia”⁵⁷. Ou seja, os juízes são comparados a romancistas, que “(...) devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado da melhor qualidade possível”⁵⁸. Assinala ainda que o magistrado “deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes”⁵⁹. Dworkin explica que o direito como integridade rejeita as concepções convencionalistas - segundo as quais o juiz deve, na atividade interpretativa, dirigir-se apenas para o passado, isto é, para as decisões legislativas e judiciais anteriores – assim como as concepções pragmatistas do direito, as quais aduzem que ao juiz compete pensar “de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro”⁶⁰. Isto porque ambas as teorias não demonstram aptidão para a interpretação do direito em sua totalidade e como continuidade⁶¹. Nesse diapasão, o autor reitera:

O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto a sua fonte de inspiração. (...) O direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda⁶².

Nada obstante, à revelia de qualquer preocupação com a coerência (e, muito menos, com a integridade) da ordem jurídica, insiste-se na ideia de que é natural que os órgãos do Judiciário decidam, a seu bel-prazer, sobre a “melhor interpretação” dos dispositivos legais e acerca da conformidade destes com a Constituição, fundamentando-se tal prerrogativa na independência dos magistrados. Olvida-se que essa garantia se destina a assegurar a imparcialidade dos juízes no

⁵⁶ DWORKIN, *O Império do Direito*, cit., p. 216-218.

⁵⁷ Ibid, p. 274.

⁵⁸ Ibid, p. 275.

⁵⁹ Ibid, p. 275.

⁶⁰ Ibid, p. 272.

⁶¹ Ibid, p. 271-273.

⁶² Ibid, p. 273.

exercício de sua função, livrando-os de qualquer temor ou embaraço. Contudo, a independência não significa liberdade na interpretação do direito. É desarrazoado sustentar-se que a independência do magistrado se sobreponha ao direito do jurisdicionado de, orientar-se em seus negócios, sabendo qual o sentido que os tribunais conferem ao direito vigente⁶³.

O quadro revela-se ainda mais complicado no que toca ao sentido atribuído à Constituição. Num modelo de controle de constitucionalidade difuso, em que o poder de dizer o significado das normas constitucionais é deferido a todos os órgãos do Poder Judiciário, existe a possibilidade de que um magistrado, no exame de um caso concreto, afaste a aplicação de uma lei por entendê-la incompatível com a Constituição e, concomitantemente, outro magistrado ou tribunal a repute constitucional, preservando sua aplicação. Tal problema, contudo, não deveria ocorrer, pois o modelo difuso foi concebido num ambiente em que a força obrigatória dos precedentes é tida como elemento necessário do sistema. Mauro Cappelletti corrobora tal entendimento, asseverando que as incertezas e os conflitos “foram evitados nos Estados Unidos da América, como também nos outros Países de *common law*, em que vige o sistema de controle judicial ‘difuso’ de constitucionalidade. Ali vale, de fato... o fundamental princípio do *stare decisis*”⁶⁴.

Assim, no sistema norte-americano, tem-se o *stare decisis* como inerente ao controle difuso. A não adoção dessa regra importa, numa dimensão objetiva, em grave ruptura do ordenamento jurídico-constitucional, pondo-se em risco a força normativa da Constituição, em razão de não haver certeza sobre seu significado, tampouco sobre o sentido dos direitos fundamentais. Tal insegurança, evidentemente, constitui grave obstáculo à tentativa de fazer valer os preceitos constitucionais. Além disso, a ausência da preocupação de tratar igualmente os casos semelhantes (*treat like cases alike*) viola os direitos dos jurisdicionados à segurança jurídica, entendida como previsibilidade, bem como à isonomia frente à interpretação do direito⁶⁵.

⁶³ MARINONI, *Precedentes Obrigatórios*, cit., p. 205-207.

⁶⁴ CAPPELLETTI, *O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 80-81.

⁶⁵ MARINONI, *Op. cit.*, p. 136-138; 149-151.

2.4 Outras razões para seguir precedentes

Além da busca da coerência e da preservação da segurança e da igualdade, outro motivo para respeitar precedentes reside na economia de recursos na administração da justiça. Caso os magistrados não lançassem mão de precedentes na tomada de decisões, teriam que construir todas estas a partir do zero, o que acresceria consideravelmente o montante de trabalho. Nesse sentido, Benjamin N. Cardozo aponta que “o trabalho dos juízes seria aumentado quase até o ponto de ruptura se toda decisão anterior pudesse ser rediscutida em todos os casos” e, não se poderia construir a partir da “fundação segura” deixada por outros julgadores”⁶⁶. Ou seja, além da eficiência que o manejo de precedentes confere ao processo de tomada de decisões, o seu emprego possibilita a construção de decisões dotadas de maior força, já que embasadas no ‘edifício’ do trabalho de outros juízes, o que, frise-se, contribui não apenas para que se tenham decisões mais fortes, mas para a própria “força institucional do Judiciário”⁶⁷. Assim, a observância aos precedentes se relaciona com a respeitabilidade das instituições encarregadas da administração da justiça.

Ademais, conforme aduz Neil Duxbury, “juízes que evitam formular constantemente suas próprias razões e mostram-se dispostos a seguir o raciocínio de outros revelam compromisso por aquilo que é, com efeito, uma forma de restrição judicial”⁶⁸. Ressalte-se ainda que uma cultura de uso freqüente de precedentes “encoraja a responsabilidade judicial”⁶⁹, pois, em face da perspectiva de que suas decisões constituirão razões consideradas em casos posteriores, os magistrados tendem a formulá-las com maior zelo, principalmente em se tratando de matéria não discutida anteriormente nos tribunais⁷⁰.

⁶⁶ No original: “(...) the labor of judges would be increased almost to the breaking point if every past decision could be reopened in every case, and one could not lay one’s own course of bricks on the secure foundation of the courses laid by others who had gone before him”. (CARDOZO, Benjamin N. *The Nature of Judicial Process*, p. 149. Disponível em: <http://www.constitution.org/cmt/cardozo/jud_proc.htm>. Acesso: 10 set. 2011.)

⁶⁷ DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 95.

⁶⁸ Ibid, p. 96.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Idem.

2.5 A doutrina dos precedentes

Apesar do emprego dos precedentes ter raízes no século XVII, a doutrina dos precedentes com força obrigatória consolidou-se apenas no século XIX, em virtude da estruturação de um sistema hierárquico de tribunais e do aprimoramento dos repertórios de decisões judiciais⁷¹. Contudo, tais fatores foram secundários para o desenvolvimento do *stare decisis*. A causa para o crescimento da importância do uso dos precedentes reside, segundo Neil Duxbury, na mudança da estrutura dos julgamentos no século XVII, quando os juízes passaram a proferir decisões acompanhadas de razões⁷².

O *stare decisis* ou a doutrina dos precedentes com força obrigatória consiste, em síntese apertada, na vinculação dos tribunais e juízos inferiores às decisões proferidas pelos tribunais superiores e concerne ainda ao respeito que um tribunal ou juiz deve às decisões que tomou em casos anteriores. Frise-se, não obstante, que onde está escrito “decisão anterior”, deve-se ler *ratio decidendi*, ou seja, a porção vinculante dos pronunciamentos judiciais. Assim, o *stare decisis* toca à vinculação dos tribunais às *rationes* de casos anteriores.⁷³

2.5.1 *Ratio decidendi*

Tal distinção entre o que é a porção vinculante da decisão e o que é *obiter dictum* – expressão que pode ser compreendida como “aquilo que é dito pelo caminho” – é bastante tormentosa, não havendo os estudiosos do *common law* chegado a um consenso quanto à mesma. Uma das primeiras tentativas de identificar os pontos principais da decisão remonta ao final do século XVII, quando Vaughan C. J. aduziu, na *Court of Common Pleas*, no Reino Unido, que uma opinião judicial que pudesse ser retirada da decisão ou ter seu significado invertido, sem

⁷¹ No original, “Though precedents were commonly cited in the seventeenth century, and though Blackstone held that ‘precedents and rules must be followed unless flatly absurd or unjust’ (Commentaries, I, p. 70), it was only when the firmer theory of binding precedent developed with the structural change of the hierarchy and organization of the courts in the later nineteenth century that the elaboration of theories about the character of the ratio decidendi began”. (MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent?* In: Neil MacCormick; Robert S. Summers. *Interpreting Precedents – a comparative study*. Brookfield: Ashgate Publishing Company, 1997, p. 510.)

⁷² DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, cit., p. 50-52.

⁷³ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W., *Precedent in English Law*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 97; 100.

alterar o resultado, não é opinião judicial, mas mero *gratis dictum*⁷⁴. Tal formulação, contudo, além de severa, apresenta imperfeições. Como exemplo, não se presta aos casos que contêm mais de uma *ratio* independentes entre si, pois, nessas hipóteses, basta uma delas para sustentar a decisão⁷⁵.

Dentre as conceituações mais usuais de *ratio decidendi*, tem-se aquela segundo a qual a *ratio* é composta apenas dos pronunciamentos do juiz sobre o direito que constituam razões que ele repute necessárias para a decisão (*reasons for deciding*)⁷⁶.

Nada obstante, tal formulação foi acusada de extrapolação, além de preocupar-se demasiadamente com a intenção do juízo prolator da decisão. Objetando esse posicionamento, Neil MacCormick apontou que a *ratio* seria composta apenas das proposições suficientes para a decisão. Assim, compreender-se-ia a *ratio decidendi* como:

Uma proposição expressa ou implicitamente dada pelo juiz, a qual é suficiente para resolver uma questão de direito levantada a partir das discussões das partes no caso sob julgamento, consistindo num ponto acerca do qual era necessário o estabelecimento de uma regra, a fim de que se justificasse a decisão proferida⁷⁷.

Nos Estados Unidos, os adeptos do realismo jurídico sustentaram ser o conceito de *ratio* impassível de determinação, tratando-se de mero instrumento para os tribunais adotarem (ou não) o que foi decidido em casos anteriores, de acordo com as disposições pessoais dos juízes. Ou seja, não passaria de ferramenta retórica, sendo os magistrados livres para manipular os precedentes a seu bel-prazer⁷⁸.

Face às críticas realistas, em 1930, o jurista Arthur Goodhart desenvolveu definição de *ratio decidendi*, até hoje considerada no meio jurídico. Revendo posição anterior conforme a qual a *ratio* deveria ser encontrada nas razões fornecidas pelo

⁷⁴ No original: "An opinion given in court, if not necessary to the judgment given of record, but that it might have been as well given if no such, or a contrary had been broach'd, is no judicial opinion; but a mere *gratis dictum*" . (Bole v. Horton, Vaughan 360 até 382, *apud* CROSS; HARRIS, *Precedent in English Law*, cit., p. 41.)

⁷⁵ DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, cit., p. 67-68.

⁷⁶ CROSS; HARRIS, *Op. cit.*, p. 40.

⁷⁷ No original: "a ruling expressly or implicitly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties' arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his justification (or one of his alternative justifications) of the decision in the case (MACCORMICK, 1987, *apud* MARSHALL, *What is binding in a precedent?*, cit., p. 512.)

⁷⁸ CROSS; HARRIS, *Op. cit.*, p. 50.

juiz, o autor defendeu que o conceito estaria relacionado aos fatos que o juiz reputa materiais para a decisão⁷⁹.

Em artigo intitulado “*Determining the Ratio Decidendi of a Case*”, Goodhart sustentou que a *ratio* – ou princípio do caso - não se encontra nas razões dadas pelo magistrado como fundamentação, tampouco numa proposição de direito enunciada como sendo a solução do caso (*rule of law* ou *ruling of a point of law*). Além disso, contrariamente ao que pregava Oliphant, adepto da corrente realista, Goodhart negava que o princípio pudesse ser identificado mediante a consideração de todos os fatos do caso, sendo que estes, para Oliphant, seriam uma constante⁸⁰.

Em síntese, o autor sustentou que se deveria buscar o princípio subjacente à questão em julgamento por intermédio: (i) da consideração dos fatos do caso e (ii) da identificação, dentre esses fatos, daqueles que o magistrado considerou materiais para o julgamento⁸¹.

Assim, “é pela escolha dos fatos materiais que o juiz cria o direito”⁸². Ou seja, a razão da decisão (*ratio*) não se confunde com as razões fornecidas pelo magistrado. Sobre tal definição, Neil Duxbury assevera que “tal concepção de *ratio decidendi* conecta a doutrina dos precedentes com o princípio pelo qual casos semelhantes devem ser tratados de forma igualitária”. Em outras palavras, caso estejam presentes os mesmos fatos de um caso anterior, os tribunais devem aplicar, ao caso sob julgamento, a solução dada àquele, exceto quando presente algum outro fato relevante, ou ainda, quando ausente algum fato material do caso anterior⁸³.

Em que pese o mérito da conceituação acima por haver demonstrado a imprescindibilidade dos fatos para a aferição da *ratio decidendi*, Cross e Harris lembram que lhe falta realismo ao valorizar sobremaneira os fatos, olvidando-se de outras questões importantes no que toca à identificação do princípio do caso, tais como “a forma como este foi discutido e processado, o processo de raciocínio adotado pelo juiz e a relação do caso com outras decisões”⁸⁴.

⁷⁹ CROSS; HARRIS, *Precedent in English Law*, cit., p. 64-66.

⁸⁰ Idem.

⁸¹ Idem.

⁸² GOODHART, Arthur L. *The ratio decidendi of a case*. The Modern Law Review, n. 22, mar. 1959. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.1959.tb02164.x/pdf>>. Acesso em 10 ago. 2011, p. 119.

⁸³ DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, cit., p. 83.

⁸⁴ No original: “What may be more open to question is whether Dr. Goodhart does not expose himself to a charge of lack of realism on account of his almost exclusive emphasis on those facts, and of his

2.5.2 *Obiter dictum*

A *contrario sensu*, *obiter dicta* seriam os pronunciamentos judiciais excluídos da porção vinculante da decisão e, portanto, desprovidos de autoridade⁸⁵. Todavia, tal definição se revela simplista, visto que certos pronunciamentos podem apresentar força a despeito de não constituírem a *ratio*, o que dependerá, por exemplo, da posição hierárquica do tribunal que os proferiu e da atenção que os magistrados a eles dispensaram.

Geoffrey Marshall esclarece que os *obiter dicta* podem consistir em proposições de quatro espécies: “1. irrelevantes para a solução do caso, assim como para qualquer questão legal importante; 2. Relevantes, mas não necessárias para a solução do caso; 3. relevantes para questões colaterais ao caso em exame; 4. relevantes para outras questões importantes que podem surgir em outros casos”⁸⁶. Ou seja, apesar de não apresentarem força vinculante, os *obiter dicta* podem ser providos de autoridade persuasiva.

Além do mais, existe o que se designa de *rationes* putativas, que ocorrem nos casos em que uma proposição, tida como razão de uma decisão em particular, é reduzida a mero *obiter dictum*, quando da sua análise por um juiz ou tribunal posterior, pelo fato de haver sido formulada em termos muito amplos, ou ainda, sem tomar em conta a legislação ou um precedente aplicável (tomada *per incuriam*). Perceba-se, assim, a importância do conceito de *obiter dictum*, já que o manejo dessa categoria constitui uma das formas de flexibilização da doutrina dos precedentes, ao lado da técnica do *overruling*⁸⁷.

scanty regard to the way in which the case was argued and pleaded, the process of reasoning adopted by the judge and the relation of the case to other decisions”. (CROSS; HARRIS, *Precedent in English Law*, cit., p. 67.)

⁸⁵ No original: “There is in one sense no problem in defining the character of obiter dicta, since they consist in all propositions of law contained in the decision that are not part of the ratio”. (MARSHALL, *What is binding in a precedent?*, cit., p. 515.)

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ No original: “There is another form of obiter dictum which is in effect a putative ratio decidendi reduced in rank by subsequent judicial reasoning. It may be held that a principle apparently laid down as the reason for a particular decision was too widely stated or in some other way inappropriate. This observation about the possible relationship between the two concepts illustrates the importance that attaches to the notion of an obiter dictum in the common law systems of precedent. In those systems the rigidity of a system of stare decisis and of hierarchical rules of bindingness may be moderated in a number of ways. One form of flexibility is introduced by the recognition of types of circumstances in which decisions which are otherwise binding need not be followed: for example, if they are taken *per incuriam*, that is, in ignorance of applicable precedent or statute. Another avenue of flexibility is opened by the ever-present possibility of distinguishing otherwise binding cases. Amongst the variety of ways in which precedents may be avoided, however is the ability to conclude that what has been alleged to be a binding ratio falls into the category of obiter dictum”. (Ibid, p. 516.)

Ainda na esteira do que se dizia acerca da autoridade persuasiva dos *obiter dicta*, é importante destacar a possibilidade da existência de precedentes não formalmente vinculantes, mas que, a despeito disso, apresentam força normativa, conforme bem assinala Aleksander Peczenik. Segundo a classificação por ele formulada, os precedentes podem ser: (i) formalmente vinculantes; (ii) não vinculantes, mas providos de força; e (iii) desprovidos de força, mas justificativos da decisão judicial⁸⁸. Na primeira hipótese, a *ratio decidendi* deve ser aplicada ao caso posterior, se o tribunal estiver diante dos mesmos fatos materiais. Caso isso não seja feito, a decisão *será reformada* pelo tribunal superior. Na segunda hipótese, a *ratio* *deveria* ser aplicada ao caso sob exame, sendo que, se isso não ocorrer, o julgamento *poderá ser reformado*. Por fim, os precedentes desprovidos de força, mas justificativos da decisão judicial são aqueles que se prestam a uma melhor justificação da decisão. Se esta não relevar um precedente dessa categoria, não será, necessariamente, reformada, mas será mais pobre no plano argumentativo⁸⁹.

Como exemplo de precedente formalmente vinculante em países da tradição do *civil law*, o autor menciona as cortes constitucionais da Alemanha e da Espanha, onde as *rationes decidendi* são vinculantes relativamente aos tribunais e juízos inferiores, sendo as decisões judiciais desconformes reformadas. Por sua vez, como exemplo de precedente não vinculante embora dotado de força, cita a *House of Lords*, instância máxima no Reino Unido, cujas próprias decisões são, para ela, normativas. Contudo, a *House* pode modificar, ou mesmo, revogar precedentes anteriores, desde que cumpra o ônus de justificar tal atitude⁹⁰.

O mérito da classificação de Peczenik é o de elaborar uma descrição dos precedentes suscetível de englobar um plexo amplo de sistemas jurídicos, tanto do *common law*, quanto do *civil law*. Ademais, demonstra a insuficiência da redução do

⁸⁸ PECZENIK, Aleksander. *The Binding Force of Precedent*. In: Neil MacCormick; Robert S. Summers. *Interpreting Precedents – a comparative study*. Brookfield: Ashgate Publishing Company, 1997, p. 463.

⁸⁹ No original, “(...) a formal binding precedent is one that must in later similar cases be respected, that is, followed by courts below the precedent-setting court, so that a judgment not respecting a precedent’s bindingness is not lawful and so will be reversed on appeal. However, a precedent not formally binding yet ‘having force’ or providing further support is, on our conceptual framework, one that courts below the precedent-setting court in later similar cases should also respect, that is, follow. The only difference between the degree of normativity or authoritativeness of the two types of precedent-based reasons are that the failure to follow precedent merely having force is subject to criticism on this ground (as something that should have been done) and may be subject to reversal, whereas the failure to follow formally binding precedent ‘is not lawful’ and so ‘is subject to reversal on appeal’ “. (Ibid., p. 472.)

⁹⁰ Ibid, p. 461-462.

universo dos precedentes ao precedente com força vinculante, já que estes podem apresentar diferentes graus de normatividade.

2.5.3 *Stare decisis*

Segundo a posição ortodoxa, *stare decisis* significa *stare rationibus decidendis*, consistindo em regra prática que ordena que se atenha à *ratio decidendi* do caso⁹¹.

Todavia, há outro posicionamento no que toca ao *stare decisis*, ao qual também é oportuno fazer menção: este diria respeito à obrigação de ater-se apenas à decisão de casos anteriores, já que, por vezes, ocorre de a *ratio* de um dado julgado não apresentar clareza suficiente para a sua identificação, ou ainda, haver sido formulada em termos muito amplos. Por este motivo, conforme os adeptos dessa corrente, o *stare decisis* tem que ser entendido como vinculação à decisão, ou melhor, à ordem proferida pelo juiz a partir dos fatos sob exame.

Muito se discute, no âmbito do *common law*, acerca da natureza da regra do *stare decisis*. O que compeliaria os magistrados a seguirem uma *ratio*? Cross e Harris defendem tratar-se de uma regra da prática (*rule of practice*), isto é, resultante das práticas judiciais, mesmo porque não há norma expressa obrigando os juízes a aplicarem as *rationes* de casos anteriores. Tampouco há uma sanção jurídica para o descumprimento do dever de seguir precedentes. Tão somente se poderiam apontar sanções (de natureza não jurídica), por exemplo, comentários negativos de outros magistrados. Os autores indicam que o *stare decisis* é padrão de comportamento internalizado, de sorte que, dificilmente, algum juiz se negaria a seguir casos anteriores, conforme o decidido por tribunais superiores⁹².

2.5.4 Limites ao *stare decisis*

Ressalte-se, todavia, que o *stare decisis* não significa rigidez absoluta do ordenamento jurídico, daí a existência da técnica do *overruling*, isto é, da revogação de precedentes.

Com relação às causas justificadoras do *overruling*, Cross e Harris indicam, no âmbito da *House of Lords*, suprema corte britânica, em primeiro lugar, a

⁹¹ CROSS; HARRIS, *Precedent in English Law*, cit., p. 100.

⁹² Ibid., p. 99.

necessidade de desenvolvimento do direito como motivo apto a ensejar o seu emprego. Aponte-se, contudo, a ressalva de que, no direito britânico, frequentemente, é lembrado que a mera mudança na composição dos tribunais, por si só, não justifica a revogação de um precedente. Para que se lance mão de tal expediente, é preciso que, de duas uma: ou as circunstâncias fáticas se alteraram, ou a concepção acerca da questão jurídica se modificou substancialmente. Ou seja, se diante do novo caso, os argumentos colacionados se identificam com aqueles discutidos no caso anterior, não se tendo debatido nada de novo, não se deve proceder ao *overruling*.

Assim, percebe-se que a mera constatação do erro de uma decisão anterior, por vezes, não basta para que se revogue um precedente, sendo necessário averiguar se a alteração do entendimento judicial acarretará um aprimoramento do ordenamento jurídico, ou melhor, se a mudança é necessária para que o direito se adapte às novas circunstâncias sociais. Além disso, outra preocupação concernente à revogação de precedentes toca à coerência das decisões com a ordem jurídica como um todo. Ora, caso a cassação de um entendimento prévio se mostre incompatível com a ordem jurídica – sistema constituído pela Constituição, leis e decisões judiciais – não deverá ser levada a efeito⁹³.

Pode ocorrer ainda que, a despeito da verificação de um contexto justificador do manejo do *overruling*, opte-se por preservar o precedente, em razão da confiança justificada em torno dele construída. Se os jurisdicionados houverem se orientado em seus negócios com base nesse precedente, é preciso questionar se existe razão para afastá-lo⁹⁴. Em outras palavras, será preciso fazer um juízo de ponderação entre segurança ou estabilidade do direito e necessidade de desenvolvimento.

Por fim, Cross e Harris apontam que, excepcionalmente, a derrubada de um precedente pode ocorrer em face da averiguação de um erro de princípio fundamental, ou melhor, quando se verifique que uma decisão anterior não se sustenta por colidir com algum princípio fundamental do *common law*. Diante dessas situações, entende-se que há invasão da esfera do legislador, visto que apenas a ele competiria modificar princípios fundamentais do *common law*⁹⁵.

⁹³ CROSS; HARRIS, *Precedent in English Law*, cit., p. 136-138.

⁹⁴ No original: "A third consideration mentioned in the cases concerns justified reliance. If it can be plausibly surmised that citizens may have arranged their affairs on the basis of some impugned ruling, that would be a reason for not departing from it". (Ibid., p. 141.)

⁹⁵ CROSS; HARRIS, Op. cit., p. 140.

3 OS EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE CONCRETO E A SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA LEI

Após essas breves considerações acerca da necessidade de observância dos precedentes, assim como acerca da regra do *stare decisis*, a última etapa desse trabalho versa sobre a possibilidade de sustentar-se a eficácia vinculante da *ratio decidendi* das decisões do Supremo Tribunal Federal, no controle concreto de constitucionalidade, onde, conforme se passa a explicar, tal eficácia não é reconhecida pela doutrina majoritária. Isto em razão da leitura tradicional que se faz do instituto da suspensão da execução da lei, previsto no artigo 52, inciso X, da Constituição de 1988, ao qual se defere a função de conferir efeitos *erga omnes* às decisões prolatadas em sede de controle concreto.

3.1 Efeitos das decisões no controle concreto

No controle concreto da constitucionalidade, costuma-se dizer que a declaração incidental da inconstitucionalidade produz efeitos apenas entre as partes. Por outro lado, assinala Teori Albino Zavascki que o controle de constitucionalidade, mesmo na modalidade concreta, apresenta uma “natural vocação expansiva”⁹⁶. Isto pela singela razão de que o controle de constitucionalidade, ainda que incidental, sempre engloba um juízo de validade da norma infraconstitucional, o que gera um impacto sobre princípios constitucionais, notadamente, sobre o princípio da isonomia e o da segurança jurídica. Acerca disso, o autor afirma:

Se, para chegar à conclusão a que chegou, o julgador tiver feito um juízo – positivo ou negativo – acerca da validade da norma, essa decisão ganha contornos juridicamente diferenciados, em face dos princípios constitucionais que pode envolver. É que os preceitos normativos têm a característica da generalidade, isto é, não se destinam a regular específicos casos concretos (...). Quando, portanto, se questiona a legitimidade desse preceito, ainda que no julgamento de um caso concreto, o que se faz é pôr em xeque a sua aptidão para incidir em todas as demais situações semelhantes. Essa peculiaridade é especialmente relevante se considerada em face do princípio da igualdade perante a lei (...). É também importante em face do princípio da segurança jurídica (...)⁹⁷.

⁹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 25-26.

⁹⁷ *Ibid*, p. 26.

Zavascki ainda explica que as decisões do STF, em sede de controle concreto, apresentam *eficácias reflexas ou anexas*, as quais têm o condão de gerar conseqüências para além das partes litigantes, o que se traduz numa aproximação entre o nosso sistema de controle concreto e o norte-americano, dotado do *stare decisis*. Apontam-se três espécies de *eficácias anexas*: (i) a possibilidade de o Senado suspender a execução da lei declarada inconstitucional, incidentalmente, pelo STF; (ii) a força obrigatória das decisões sobre os tribunais e juízos inferiores, em virtude da mitigação da cláusula de reserva de plenário; (iii) a possibilidade de o relator, acolhendo a força de precedente das decisões do STF, julgar, monocraticamente, recursos que versem sobre a mesma matéria. Essas eficácias são denominadas reflexas por transmitirem “efeitos para além do caso julgado, com conseqüências, ainda que indiretas, em outras relações jurídicas e em relação a outras pessoas, que não as vinculadas à relação processual originária”. São também designadas *anexas* em razão de decorrerem automaticamente das decisões do Supremo, prescindindo de provocação para a sua ocorrência⁹⁸.

Observe-se que tais *eficácias reflexas*, com exceção da suspensão da execução, demonstram uma inclinação da jurisprudência e do legislador de conferir força obrigatória às decisões do Supremo Tribunal Federal, ou melhor, às *rationes decidendi* formuladas pelo tribunal no julgamento de casos concretos.

Com relação a essa tendência, note-se ainda a relevância que apresentou a mitigação da cláusula de reserva de plenário, prevista no artigo 97 da Constituição Federal, que preceitua que a declaração incidental da inconstitucionalidade nos tribunais depende da manifestação da maioria absoluta de seus membros.

No Recurso Extraordinário 190.728⁹⁹, o Supremo Tribunal, por maioria de votos, fixou entendimento no sentido da desnecessidade do exame da constitucionalidade da norma pelo Plenário, quando, em caso anterior, tal análise já

⁹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, cit., p. 30.

⁹⁹ Ementa: “ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ACÓRDÃO DE ÓRGÃO FRACIONADO QUE, INVOCANDO DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MODIFICATIVA DE PRECEDENTE DO PLENÁRIO DA CORTE DE ORIGEM SOBRE A MATÉRIA CONSTITUCIONAL EM CAUSA, JULGOU DE LOGO A APELAÇÃO, SEM RENOVAR A INSTÂNCIA INCIDENTAL DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Procedimento que, na esteira da interpretação do artigo 101 do RI/STF, não pode ser tido como ofensivo ao artigo 97 da Constituição Federal, posto que, além de prestigiar o princípio da presunção da constitucionalidade das leis, nele consagrado, está em perfeita harmonia, não apenas com o princípio da economia processual, mas também com o da segurança jurídica, concorrendo, ademais, para a racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira. Recurso não conhecido”. (Rel. Min. Celso de Mello; julgamento em 27.06.95; publicado em 30.05.97).

houver sido por ele realizada. Nos Recursos Extraordinários 150.755¹⁰⁰ e 150.764¹⁰¹, foram tomadas decisões de mesmo teor, aduzindo-se que a justificativa para a cláusula de reserva de plenário reside na presunção de constitucionalidade das normas impugnadas. Assim sendo, uma vez declarada pelo Pleno do STF a inconstitucionalidade, ainda que em controle concreto, não há sentido em exigir que a questão seja remetida, novamente, para exame pela maioria absoluta dos tribunais. Os órgãos parciais poderão, seguindo o precedente do Supremo, decidir a questão constitucional. Oportuna ainda a menção ao voto do Ministro Marco Aurélio, no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 168.149-8/RS¹⁰²:

Pois bem, a Turma julgadora deixou de deslocar o processo para o Pleno da Corte, porquanto o Supremo Tribunal Federal manifestara-se pela inconstitucionalidade do ato normativo em questão. Onde fica a razão de ser da regra constitucional caso vingue a ótica burocrática da Fazenda? O que será do princípio da economia e celeridade processual? **Mais importante do que isso, que importância tem o crivo da Suprema Corte?** O que decidido pelo Colegiado de origem homenageia a interpretação teleológica do artigo 97 da Carta Política da República, não merecendo qualquer censura. O incidente de inconstitucionalidade, com remessa do processo ao Órgão Maior da Corte de origem (artigo 97 da Constituição Federal), tornou-se desnecessário, prevalente a racionalização dos trabalhos judiciais, a partir do momento em que o Guardião Maior da Carta – e ele ainda o é (artigo 102, caput, da Constituição Federal) – o Supremo Tribunal Federal assentou, embora em controle difuso, o vício de inconstitucionalidade do ato normativo em questão. Por maior que seja a esperança da Fazenda em reverter o quadro, certamente o caminho não é o

¹⁰⁰ RE 150.755, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 18.11.92, publicado em 20.08.93.

¹⁰¹ CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PARÂMETROS - NORMAS DE REGÊNCIA - FINSOCIAL - BALIZAMENTO TEMPORAL. A teor do disposto no artigo 195 da Constituição Federal, incumbe à sociedade, como um todo, financiar, de forma direta e indireta, nos termos da lei, a seguridade social, atribuindo-se aos empregadores a participação mediante bases de incidência próprias - folha de salários, o faturamento e o lucro. Em norma de natureza constitucional transitória, emprestou-se ao FINSOCIAL característica de contribuição, jungindo-se a imperatividade das regras insertas no Decreto-Lei nº 1940/82, com as alterações ocorridas até a promulgação da Carta de 1988, ao espaço de tempo relativo a edição da lei prevista no referido artigo. Conflita com as disposições constitucionais - artigos 195 do corpo permanente da Carta e 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - preceito de lei que, a título de viabilizar o texto constitucional, toma de empréstimo, por simples remissão, a disciplina do FINSOCIAL. Incompatibilidade manifesta do art. 9º da Lei nº 7689/88 com o Diploma Fundamental, no que discrepa do contexto constitucional. (Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 16.12.92, publicado em 02.04.93.)

¹⁰² Ementa: "INCONSTITUCIONALIDADE – INCIDENTE – DESLOCAMENTO DO PROCESSO PARA ÓRGÃO ESPECIAL OU PARA O PLENO – DESNECESSIDADE. Versando a controvérsia sobre ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República – o Supremo Tribunal Federal – descabe o deslocamento previsto no artigo 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do artigo 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta aos princípios da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela primeira vez, a pecha de inconstitucionalidade arguida em relação a um certo ato normativo. (Rel. Min. Marco Aurélio; julgamento em 26.06.95; publicado em 04.08.95.)

do apego à forma, o fetichismo da forma, sobrecarregando-se, ainda mais, a máquina judiciária hoje muito próxima do emperramento (Grifo nosso).

Da leitura desse excerto, depreende-se que a mitigação da cláusula de reserva de plenário tem por base não só o afastamento da presunção de constitucionalidade, mas abriga, em seu cerne, a preocupação em fazer respeitar as decisões do Supremo, como órgão imbuído da função de guardião da Constituição. Além disso, na esteira de uma interpretação que estima a segurança e a coerência normativa, o afastamento da exigência de reexame pela maioria absoluta dos tribunais deve ser entendido, antes, como um dever dos magistrados. Ora, se existe entendimento do Supremo, estes não devem encaminhar a questão ao pleno e, sim, seguir o precedente constitucional.

Essa construção jurisprudencial foi positivada no parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil, incluído pela Lei 9.756 de 12 de dezembro de 1998, com a seguinte redação: “*órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão*”¹⁰³.

¹⁰³ Ressalte-se, não obstante, que é possível que os tribunais não sigam o precedente constitucional em duas situações. Em primeiro lugar, quando se verificar uma hipótese de *distinguishing*, isto é, o caso sob julgamento é diferente daquele que deu origem ao precedente constitucional. Empregando a definição de *ratio decidendi* de Goodhart, mencionada acima, não se vislumbra a identidade de fatos materiais entre o caso sob julgamento e o caso anterior. Assim, evidentemente, não há o dever de seguir o precedente fixado pelo Supremo Tribunal Federal ou aquele estabelecido pelo próprio tribunal.

A segunda situação que afasta o dever de seguir o precedente constitucional diz respeito ao manejo da técnica do *overruling*. Ou seja, já houve ocasião em que o plenário ou o órgão especial do tribunal decidiu a questão constitucional. Contudo, tal entendimento se desgastou, em razão da alteração substancial das circunstâncias sociais, ou ainda, em virtude da modificação da concepção geral acerca da questão jurídica (MARINONI, *Precedentes Obrigatórios*, cit., 392). Nessa hipótese, pode o tribunal revogar o precedente, liberando-se do dever de segui-lo. Importa ressaltar que o tribunal inferior somente pode realizar o *overruling* de seus próprios precedentes. Por exemplo, não seria admissível que um Tribunal de Justiça revogasse precedente do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, deve-se sinalizar que, em hipóteses excepcionais, os tribunais norte-americanos têm aceitado a técnica do *anticipatory overruling*. Esta diz respeito à possibilidade de, em face do desgaste de precedente de tribunal superior, um tribunal inferior afastar a aplicação do precedente. Traduz-se “numa atuação antecipatória das Cortes de Apelação estadunidenses em relação ao *overruling* dos precedentes da Suprema Corte” (MARINONI, Op. cit., p. 402). Frise-se que, apesar da prática dos tribunais, a matéria é bastante polêmica. A Suprema Corte americana não se posicionou acerca do *anticipatory overruling*.

Margaret N. Kniffin indica algumas razões apontadas pelas Cortes de Apelação norte-americanas para a prática: “(...) a crença de que o precedente foi desgastado (mas não revogado) por decisões subsequentes da Suprema Corte; a percepção de uma tendência, nas decisões da Suprema Corte, rumo à outra regra; e ciência de que a Suprema Corte indicou, noutras opiniões, que está à espera de de um caso apropriado para fazer o *overruling*”.

No original: “The device of anticipatory overruling has been used by courts of appeals for a number of stated reasons, among them: belief that the precedent has been eroded (but not overruled) by

3.2 Suspensão da execução da lei declarada inconstitucional

Após os apontamentos tecidos acerca da prática hodierna de emprego de precedentes judiciais no Brasil, procede-se ao exame do instituto da suspensão da execução da lei declarada inconstitucional, primeiramente, no que toca à interpretação tradicional, para em seguida, abordar a sua atualidade e necessidade, bem como sua relação com o *stare decisis*.

A suspensão da execução, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional não estava presente nas origens do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, cujas raízes se encontram na primeira Constituição da República (1891). Esta instituiu um controle de constitucionalidade difuso - atribuindo tal incumbência a todos os juízes e tribunais – e restrito ao exame de casos concretos. Ressalte-se que, sob a égide da Constituição Imperial, não se vislumbrava a existência de um controle judicial da constitucionalidade. A guarda da Constituição era cometida ao Parlamento e, a ideia de um controle feito pelo Judiciário era tida como absurda¹⁰⁴.

Em 1934, a nova Carta conservou as disposições da Constituição de 1891, mantendo o controle difuso. Entre as inovações¹⁰⁵, encontrava-se a competência do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (art. 91, IV), cuja previsão tinha o escopo de conferir eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal, em matéria de declaração de inconstitucionalidade. No artigo 96 da mesma Carta, o constituinte atribuiu, ao Procurador-Geral da República, a função de comunicar ao Senado Federal as

subsequent Supreme Court decisions; perception of a trend in Supreme Court decisions toward another rule; and awareness that the Supreme Court has indicated in other opinions that it is awaiting an appropriate case as a vehicle for overturning the precedent”. (KNIFFIN, Margaret N. *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States courts of appeals*. Fordham Law Review. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol51/iss1/2>. Acesso em: 05 set. 2011, p. 53).

¹⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1083.

¹⁰⁵ Entre as inovações da Constituição de 1934, destaca-se a previsão de que a declaração da inconstitucionalidade nos tribunais dependeria da aprovação pela maioria absoluta dos seus membros (artigo 179). Outra novidade foi a criação da representação interventiva, modalidade de controle de constitucionalidade originário no Supremo Tribunal, mediante provocação do Procurador Geral da República. Essa espécie de controle tinha por objeto o decreto de intervenção federal. Cf. ALENCAR, Ana Valderes Ayres Neves de. *A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais*. Revista de Informação Legislativa, vol. 15, n. 57, jan/mar 1978. Disponível em: <<http://www.2senado.gov.br/bdsf/item/id/182003>>. Acesso em: 27 jun. 2011, p. 228-229.

decisões da Corte Suprema que declarassem a inconstitucionalidade de lei ou ato governamental, bem como à autoridade legislativa ou executiva que os tivessem expedido¹⁰⁶. Observe-se que, à época, o sistema brasileiro não dispunha de modalidade abstrata de controle, mediante ações diretas, de competência originária do STF, de sorte que o mecanismo da suspensão da execução da lei inconstitucional foi ferramenta forjada, pela Assembléia Constituinte de 1934, para estender os efeitos das decisões do STF, em sede de controle concreto, para além das partes em litígio e conferir, dessa forma, maior segurança jurídica aos cidadãos¹⁰⁷.

A partir da análise das discussões que permearam a questão na Assembléia Constituinte, o escopo do instituto da suspensão se torna nítido. Nos debates da Comissão, segundo Gilmar Ferreira Mendes, “parecia evidente aos constituintes que a suspensão da execução da lei, tal como adotada em 1934, importava na extensão dos efeitos do aresto declaratório da inconstitucionalidade, configurando, inclusive, instrumento de economia processual”¹⁰⁸.

Nesse sentido, tem-se a resposta de Prado Kelly à indagação de Levi Carneiro quanto ao caráter discricionário ou automático da suspensão da execução da lei:

Na sistemática preferida pelo nobre Deputado, Sr. Levi Carneiro, o Supremo Tribunal decretaria a inconstitucionalidade de uma lei e, os efeitos dessa decisão se limitariam às partes em litígio. Todos os demais cidadãos que estivessem na mesma situação da que foi tutelada num processo próprio estariam ao desamparo da lei. Ocorreria, assim, que a Constituição teria sido defendida na hipótese que permitiu o exame do Judiciário, e esquecida, anulada, postergada em todos os casos. Certas constituições modernas têm criado cortes jurisdicionais para defesa da Constituição. Nós continuamos a atribuir à Suprema Corte a palavra definitiva da defesa e guarda da Constituição da República. Entretanto, permitimos a um órgão de supremacia política estender os efeitos dessa decisão e, estendê-los para o fim de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando o Poder Judiciário os declara inconstitucionais¹⁰⁹.

¹⁰⁶ ALENCAR, *A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais*, cit., p. 228-229.

¹⁰⁷ Ibid, p. 234, 253-255.

¹⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *O Papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade*. Revista de Informação Legislativa, v. 41, n. 162, abr/jun 2004. Disponível em: < <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176518>>. Acesso em 26 jun. 2011, p. 260.

¹⁰⁹ ALENCAR, Op. cit., p. 260.

A Carta de 1937 não alterou o modelo difuso de controle, todavia nada dispôs acerca do instituto da suspensão¹¹⁰. A função do Senado de suspender a execução das leis e atos declarados inconstitucionais ressurgiu na Constituição de 1946, embora nessa Carta o Senado tenha assumido feições diversas, deixando a posição de coordenador dos poderes para assumir o lugar de membro do Poder Legislativo. Além disso, a nova Carta restringiu o papel do Senado apenas à suspensão das *leis e decretos* declarados inconstitucionais por “sentença definitiva” do Supremo Tribunal. Não se repetiu ainda o dispositivo da Carta de 1934 que incumbia o Procurador-Geral da República da função de comunicar as decisões de declaração de inconstitucionalidade ao Senado Federal. Nada obstante, a modificação da redação do dispositivo não produziu alterações substanciais no seu manejo prático¹¹¹.

A Constituição de 1967/1969, por sua vez, conservou o controle difuso nos mesmos moldes, mantendo a competência do Senado Federal de suspender a execução da lei declarada inconstitucional¹¹². A Carta trouxe ainda a representação de inconstitucionalidade, modalidade abstrata de controle, cujo legitimado ativo exclusivo era o Procurador-Geral da República, preservando as alterações instituídas pela EC n. 16/65, exceto quanto ao controle abstrato de leis ou atos municipais em face das Constituições estaduais¹¹³.

¹¹⁰ Ainda, estatuiu, em seu artigo 96, que “a juízo do Presidente da República, acaso fosse considerada dita lei declarada inconstitucional necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia este submetê-la novamente, ao exame do Parlamento. Se confirmada, por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal, declarando a sua inconstitucionalidade” Além disso, a Carta de 1937 silenciou acerca da competência do Procurador Geral da República para a propositura (bem como aquela do Supremo Tribunal para o julgamento) da representação interventiva, em razão da violação dos princípios constitucionais sensíveis, pelos Estados Federados. Cf. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 176-177; 180.

¹¹¹ A Constituição de 1946, assim como fizera a Carta de 1934, previu a representação de inconstitucionalidade interventiva relacionada às violações dos princípios constitucionais ditos “sensíveis”. Todavia, diferentemente da Carta de 1934, a de 1946 previa a submissão, ao juízo de constitucionalidade, do ato estatal impugnado e não, do decreto de intervenção. Cf. ALENCAR, A *competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais*, cit., p. 230.

¹¹² Art. 45 da CF/67-69: Compete ainda privativamente, ao Senado: (...) IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais. por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

¹¹³ A Emenda n. 16 de 26 de novembro de 1965 alterou o artigo 101, I, K, da Constituição de 1946, ampliando a competência do Supremo para conhecer, originariamente, representações de inconstitucionalidade não adstritas às hipóteses de intervenção federal. Tal Emenda previu ainda o controle originário de constitucionalidade de competência dos Tribunais de Justiça, para averiguação dos atos e leis dos Municípios desconformes à Constituição estadual, restando a existência de tal controle submetida à elaboração de legislação infraconstitucional. (MENDES; COELHO; BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, cit., 1093-1094.)

Por fim, com relação ao controle concreto na Constituição de 1988, manteve-se a cláusula de reserva de plenário no que tange à declaração incidental da inconstitucionalidade pelos tribunais, assim como a suspensão pelo Senado da lei declarada inconstitucional, prevista no artigo 52, X. Frise-se que, não obstante o texto faça menção apenas à lei, o Senado e o Supremo entendem que a expressão abarca qualquer ato normativo¹¹⁴. Ao mesmo tempo, o controle abstrato levado a efeito pelo Supremo Tribunal foi ampliado, com a criação de outras modalidades de ação direta, bem como com o acréscimo do número de legitimados para a sua propositura (artigo 103).

3.2.1 Posição do Supremo Tribunal Federal

O Mandado de Segurança n. 16.512¹¹⁵, convertido em representação de inconstitucionalidade, foi caso paradigmático em que o Supremo Tribunal enfrentou a natureza do ato de suspensão da execução, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional.

No Recurso Extraordinário n. 38.538, o STF declarou, por unanimidade, a inconstitucionalidade da cobrança do tributo sobre *“transações efetuadas por empresas dedicadas à construção, reforma e pintura de prédios e obras congêneres, por administração ou empreitada”*, previsto no artigo 1º, alínea “b”, do Livro II, do Código de Impostos e Taxas de São Paulo (Decreto 32.022 de 31 de dezembro de 1953). Decisão de mesmo teor foi proferida no Recurso Extraordinário n. 53.432.

Enviadas as cópias autênticas das decisões ao Senado Federal, este editou a Resolução n. 32 de 28.03.65, mediante a qual suspendeu a execução do referido dispositivo legal. Inconformada, a Fazenda Estadual de São Paulo defendeu que o acórdão do Supremo Tribunal Federal havia declarado a inconstitucionalidade apenas da cobrança do tributo sobre transações que tivesse por fato gerador a renda auferida por contrato de locação de serviços profissionais. Com base nessa

¹¹⁴ CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 118.

¹¹⁵ Ementa: “RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL SUSPENSIVA DE NORMA LEGAL CUJA INCONSTITUCIONALIDADE FOI DECLARADA PELO STF. INCONSTITUCIONALIDADE DA SEGUNDA RESOLUÇÃO DAQUELE ÓRGÃO LEGISLATÓRIO, PARA INTERPRETAR A DECISÃO JUDICIAL, MODIFICANDO-LHE O SENTIDO OU LHE RESTRINGINDO OS EFEITOS. PEDIDO DE SEGURANÇA CONHECIDO COMO REPRESENTAÇÃO, QUE SE JULGA PROCEDENTE” (Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, julgamento em 25.05.66, publicado em 31.08.66).

argumentação, o governador do Estado de São Paulo representou ao Senado Federal, para que este editasse resolução interpretativa, alterando a anterior.

Em resposta à representação, o Senado acabou por editar a Resolução n. 93/1965, em conformidade com os argumentos apresentados pelo Estado de São Paulo, o que ensejou a impetração – por 28 empresas – do Mandado de Segurança n. 16.512 perante o Supremo Tribunal. No julgamento, prevaleceu o entendimento do relator, ministro Oswaldo Trigueiro:

Pelo artigo 64 da Constituição, incumbe ao Senado, suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarado inconstitucional, por decisão definitiva do Supremo Tribunal. Através desse expediente – originário da Constituição de 1934 – deu-se ao Senado, em nossa sistemática política, o encargo de tornar inoperantes, erga omnes, as leis ou normas que o Judiciário deixa de aplicar, in casu, por eiva de inconstitucionalidade.

(...) É curial que se receber pedido de suspensão de execução de lei ou norma inconstitucional, o Senado tiver qualquer dúvida, quanto à forma ou mesmo quanto ao sentido da declaração judicial, poderá pedir ao Supremo os esclarecimentos que entender necessários. Parece-me, entretanto, que depois de atender à solicitação do Supremo Tribunal – promulgando resolução suspensiva da lei inconstitucional – a competência do Senado está exaurida.

Penso, por isso, que ele não poderia rever a matéria, quer para interpretar decisão do Supremo Tribunal, sem que este fosse ouvido, quer para dirimir dúvida suscitada, no âmbito estadual, sobre a validade parcial da norma questionada. Na primeira hipótese, estaria ele atuando na esfera judiciária; na segunda, teria ido até o campo da legislação estadual (...).

O Ministro Victor Nunes acompanhou o relator, aduzindo que o ato do Senado é secundário, complementar, executório em relação à decisão do Supremo, pois esta é pressuposto daquele ato. Ainda asseverou que a suspensão constitui ato político do Senado, dotado de força normativa:

Por outro lado, esse ato não deixa de ser normativo. Se a lei é normativa e, o Senado, ao suspendê-la, retira a eficácia da lei, ele acrescenta alguma coisa à decisão e, esse acréscimo tem força tão normativa como a da lei que é posta fora de circulação. Se essa eficácia normativa, que suspende a lei, não derivasse da resolução do Senado Federal mas do julgado do Supremo Tribunal, a intervenção do Senado seria desnecessária: a decisão seria executada, desde logo, com efeito normativo. Mas não é este o nosso sistema. Daí a necessidade de se acrescentar um plus à decisão judiciária, tornando-a obrigatória erga omnes, por ser ela, por natureza, obrigatória somente para as partes.

(...) Por ser normativo, com esse efeito revocatório da lei, parece-me de todo evidente que o Senado não pode voltar atrás, pois a lei revogada só se restaura por outra lei. O Senado só poderia restaurar a lei que ele, ao suspender, revoga, se tivesse poder legislativo autônomo, se tivesse o poder de fazer a lei originária. Mas (...) ele não tem, sequer, quanto às leis federais, muito menos quanto às estaduais, como é o caso dos autos (...).

A representação de inconstitucionalidade foi julgada procedente, consagrando-se o entendimento de que é decisão política do Senado expedir, ou não, resolução suspendendo a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF. Nada obstante, uma vez editado o ato, exaure-se a função do Senado, não podendo este o alterar ou revogar, pois não cabe a este órgão político entrar no mérito da decisão do STF, tampouco lhe modificar os limites ou efeitos, já que adentraria a competência constitucional do tribunal.

Outrossim, verifica-se a impossibilidade de o Senado revogar o ato suspensivo, em razão de este consistir em ato revocatório da lei inconstitucional, expurgando-a do ordenamento jurídico. Note-se que a revogação significaria ressuscitar lei revogada, o que somente poderia ser levado a efeito mediante outra lei. Ora, careceria o Senado de competência para legislar isoladamente.

Em resumo, predomina o entendimento de que a suspensão consiste em: (i) ato discricionário do Senado Federal; (ii) adstrito aos limites da decisão do STF, não lhe podendo alterar o conteúdo e efeitos; (iii) cuja função é dotar a decisão, em sede de controle concreto pelo STF, de efeitos *erga omnes*; sendo que a operação dos efeitos *erga omnes* ocorre a partir da publicação da resolução suspensiva (eficácia *ex nunc*).

Nesse sentido, tem-se o julgamento da ADI-MC 3929, caso bastante semelhante àquele do MS 16.512. O objeto da ação direta é a Resolução do Senado n. 7º, de 21.06.2007 que, em razão de equívoco na interpretação de comunicação enviada pelo STF, suspendeu legislação paulista referente à cobrança de ICMS, além dos limites fixados pelas decisões do Tribunal em recurso extraordinário. Foi concedida a medida cautelar, para suspender os efeitos da Resolução n. 7º, por esta haver extrapolado a declaração de inconstitucionalidade que se restringia aos dispositivos que majoravam a alíquota genérica do imposto¹¹⁶.

Por outro lado, ressalve-se que o entendimento acima não encontra respaldo unânime na literatura jurídica. Há quem defenda, dentre eles, Michel Temer, que o

¹¹⁶ Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA. REFERENDO. RESOLUÇÃO Nº 7, DE 21.06.2007, DO SENADO FEDERAL. SUSPENSÃO ERGA OMNES DA EFICÁCIA DE TODO O TEXTO DE LEIS RELATIVAS À COBRANÇA DO ICMS NO ESTADO DE SÃO PAULO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE ANTERIORMENTE ESTENDIDA, NO EXERCÍCIO DO CONTROLE DIFUSO, APENAS AOS DISPOSITIVOS QUE HAVIAM PRORROGADO A MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA E A SUA VINCULAÇÃO A UMA FINALIDADE ESPECÍFICA. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PERIGO NA DEMORA IGUALMENTE DEMONSTRADO (Rel. Min. Ellen Gracie. Julgamento em 29.08.07, publicado em 11.10.07).

Senado apresenta a prerrogativa de alterar a decisão do Supremo quando da suspensão da execução da lei, visto que, consoante a redação do artigo 52, inciso X, cabe privativamente ao Senado “suspender a execução, *no todo ou em parte*, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Segundo o autor, a competência prevista nesse artigo se aproxima daquela do Presidente da República, no que toca ao veto, que pode ser parcial ou total¹¹⁷. Sua compreensão do instituto, todavia, representa opinião minoritária.

3.2.2 Incongruências

É indubitoso que o instituto da suspensão da execução da lei, pelo Senado Federal, apresenta uma série de incongruências. Dentre as ineficiências da suspensão, destaca-se a sua restrição, pois alcança apenas a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto. Escapam do seu âmbito diversas técnicas de controle de constitucionalidade, tais como a declaração da nulidade parcial sem redução de texto, a interpretação conforme a Constituição, além da rejeição da arguição de inconstitucionalidade. Igualmente, a suspensão não se presta à extensão dos efeitos de decisões do Supremo que fixem a interpretação de atos normativos de acordo com a Constituição¹¹⁸.

Recorde-se ainda das súmulas vinculantes, assim como das decisões proferidas em controle concreto de constitucionalidade, em sede de ação civil pública, cujos efeitos podem operar *erga omnes*. Nesses casos, mostra-se inútil a intervenção do Senado¹¹⁹.

Outro problema é atinente ao caráter facultativo do instituto. Dos debates da Constituinte de 1934, infere-se que a suspensão nasceu com o escopo de estender os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade para além das partes em litígio, almejando atender o princípio da segurança jurídica. Todavia, parece paradoxal relegar, ao arbítrio de um órgão político, a segurança jurídica, ou seja, a certeza quanto à constitucionalidade de uma lei, sua validade (ou não) em face da Constituição, principalmente, num sistema que consagra o controle jurisdicional da constitucionalidade – como é o brasileiro.

¹¹⁷ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 48.

¹¹⁸ MENDES; COELHO; BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 1131-1132.

¹¹⁹ *Ibid*, p. 1138.

Nessa perspectiva, Gilmar Mendes ressalta que a sobrevivência de tal expediente se justifica, por motivos históricos, pois “a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda liminarmente a eficácia de leis ou atos normativos (...) contribuíram para que se quebrantasse a crença... nesse instituto”, o qual repousava numa concepção de separação de poderes hoje obsoleta¹²⁰. A partir das discussões que permearam a questão na Constituinte de 1934, observa-se que o mecanismo da suspensão da lei foi forjado como uma alternativa, diante da recusa da ideia da criação de uma corte de justiça constitucional¹²¹, em razão do temor quanto à instauração de uma “ditadura judiciária”.

Entendimento semelhante é defendido por Clèmerson Merlin Clève:

Num momento (1934) em que se temia o ‘governo dos juízes’, em que se esforçava para manter a fiscalização incidental, em que se almejavam as vantagens da fiscalização concentrada (eficácia *erga omnes*), em que se procuravam harmonizar as competências do Judiciário sem, todavia, amesquinhar o Legislativo, a fórmula encontrada pelo Constituinte de 1934 para estender ao julgado da Suprema Corte a eficácia *erga omnes*, parece ter sido criativa e adequada. Todavia, é questionável a permanência da fórmula na Constituição de 1988. Parece constituir um anacronismo a permanência do mecanismo quando o país adota, na atualidade, não apenas a fiscalização incidental, mas também a concentrado-principal, decorrente de ação direta e, inclusive, para suprimimento de omissão¹²².

Ressalte-se ainda que a suspensão da execução pode se revelar pouco efetiva no que toca à necessidade de promoção do desenvolvimento da ordem jurídica. Ora, conforme explicitado acima, a doutrina majoritária defende que a edição da resolução suspensiva é ato político do Senado, sendo este o único avaliador do momento adequado para suspender a execução do ato normativo declarado inconstitucional. Assim, pode ocorrer de a norma inconstitucional continuar a ser aplicada pelos magistrados durante muitos anos, em desrespeito aos precedentes fixados pelos tribunais superiores, até que o Senado suspenda a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF.

¹²⁰ MENDES, O Papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade, cit., p. 263.

¹²¹ ALENCAR, A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais, cit., p.253.

¹²² CLÈVE, A fiscalização abstrata da constitucionalidade, cit., p. 124.

3.3 Suspensão e mutação constitucional

A partir dos precedentes e alterações legislativas examinados no tópico 3.1, observa-se um mover em direção ao reconhecimento da eficácia vinculante das *rationes decidendi* das decisões do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concreto de constitucionalidade. Não obstante, a doutrina aponta, como óbice a este reconhecimento, a regra insculpida no artigo 52, inciso X, da Constituição de 1988. Em face desse argumento, objetam Gilmar Ferreira Mendes e Eros Grau que haveria se operado uma mutação constitucional. Tal entendimento foi, por eles, defendido no julgamento, ainda em curso, da Reclamação Constitucional 4.335. Nesta esteira, cabe indagar se o instituto da suspensão sofreu uma reconfiguração diante da ocorrência de uma mutação constitucional, o que demandaria sua releitura. Ressalve-se, todavia, que, no presente trabalho, visa-se apenas levantar alguns aspectos do problema em virtude da sua relação com o *stare decisis*, isto é, com a força obrigatória dos precedentes. Não se tem, por meta, proceder a um exame exaustivo da matéria.

Conforme conceito formulado por Georg Jellinek, a mutação constitucional consiste numa mudança da Constituição sem o recurso a um ato voluntário de reforma, isto é, numa transformação resultante de atividade interpretativa. Em outras palavras, o texto permanece intacto. A reforma distingue-se da mutação, por sua vez, por decorrer de atos voluntários, deliberados e por acarretar a mudança textual¹²³. Em que pese “o caráter psicologizante” de tais definições, Jellinek teve o mérito de elaborar um conceito preciso de mutação constitucional, conforme assevera Pablo Lucas Verdú¹²⁴.

Note-se ainda que a importância desse conceito reside na consideração da flexibilidade constitucional, ou seja, da necessidade de a ordem jurídica responder às transformações sociais. Nessa esteira, Jellinek explica que os preceitos constitucionais são concretizados pelo legislador e, também, pelo juiz, por intermédio da atividade interpretativa, de modo que “lo que parece en un tiempo

¹²³ “Por reforma de la Constitución, entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación”. Cf. JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 7.

¹²⁴ VERDÚ, Pablo Lucas. Estudio Preliminar, p. LXIX. (*apud* JELLINEK, *Reforma y Mutación de la Constitución*, cit., p. 7).

inconstitucional emerge más tarde conforme a la Constitución y así la Constitución sufre, mediante el cambio de su interpretación, una mutación”¹²⁵. Frise-se, contudo, que o autor alerta para a possibilidade de surgimento de mutações ilegítimas que podem ser decorrentes, por exemplo, da edição de leis inconstitucionais, do que emerge a necessidade de um controle judicial da constitucionalidade das leis¹²⁶.

Como exemplo notório de mutação constitucional pela interpretação judicial, o autor menciona os Estados Unidos, onde o texto constitucional foi submetido a poucas emendas, mas, por outro lado, a determinação dos preceitos constitucionais se deu, em larga medida, em virtude da atuação dos juízes.

Feita essa breve digressão acerca do conceito de mutação constitucional, deve-se questionar se a suspensão da execução da lei se enquadra em tal categoria.

Na Reclamação 4.335, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, relator, proferiu voto, no qual julgou procedente a reclamação, com fulcro na tese de que a suspensão da execução não teria o condão de conferir eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal, já que estas apresentariam força normativa por si sós. Quanto ao instituto da suspensão, haveria sofrido uma reconfiguração em virtude da ocorrência de uma mutação constitucional. A Reclamação foi manejada contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais de Rio Branco/AC, que recusou a concessão de progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, em desrespeito à decisão do STF no HC 82.959, onde se declarara, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990.

Em breves linhas, corroborando as conclusões tecidas no artigo “O Papel do Senado Federal no Controle Federal de Constitucionalidade”, o ministro aduz a obsolescência da interpretação segundo a qual a suspensão seria necessária para conferir força normativa à decisão do STF, em sede de controle concreto de constitucionalidade. Isto em face da ampliação do controle concentrado e, consequentemente, da generalização das decisões do STF com eficácia *erga omnes*, além das restrições e incongruências do instituto (já abordadas no tópico 3.2.2). Ademais, faz alusão a inovações legislativas e, também, a precedentes da

¹²⁵ JELLINEK, *Reforma y Mutación de la Constitución*, cit., p. 16.

¹²⁶ “Estas manifestaciones nos abren el camino para encontrar un medio que proteja las Constituciones, que a primera vista se elija como la muralla más sólida contra los abusos anticonstitucionales del mismo legislador. La encontramos en la conocida institución de los americanos, según la cual los tribunales pueden juzgar la constitucionalidad material de las leyes” (Ibid, p. 22).

Corte que demonstrariam a caminhada gradual rumo à denominada “eficácia transcendente dos motivos determinantes”, ou seja, ao reconhecimento da força vinculante dos precedentes dos tribunais superiores, notadamente, do Supremo Tribunal Federal.

Em seu voto, o Ministro Eros Grau seguiu o entendimento do relator, julgando procedente a Reclamação.

Em resumo, ambos os ministros aduzem que o desenvolvimento do instituto da suspensão se subsume ao conceito de mutação constitucional, visto que se trataria de uma mudança ocorrida mediante atividade interpretativa, mantendo-se incólume o texto. Ou seja, a suspensão permaneceria como competência privativa do Senado, mas seus efeitos seriam objeto de uma releitura em face da ocorrência de uma mutação constitucional.

Do voto do Ministro Gilmar Mendes, infere-se que a suspensão não mais deveria ser encarada como pressuposto para a conferência de efeitos *erga omnes* às decisões do STF proferidas em controle concreto, mas apenas como ato cujo objetivo é a publicação de tais decisões, o que remete à posição que Lúcio Bittencourt já defendia em 1949¹²⁷.

Observe-se que a noção de mutação constitucional muito se aproxima da discussão em torno da técnica do *overruling*, explicitada no segundo capítulo, atinente à cassação de precedentes, ou ainda, à sua superação. Conforme discutido anteriormente, um dos motivos deflagradores do *overruling* diz respeito à necessidade de desenvolvimento do direito. Assim, quando se verificar a obsolescência da interpretação abrigada pelo precedente, estará preenchida a condição para o manejo dessa técnica.

Atente-se, contudo, que a mera mudança de opinião dos membros do tribunal não justifica o emprego do *overruling*. Cross e Harris asseveram, nessa esteira, que a alteração da composição dos tribunais não configura razão passível de respaldar a revogação de um precedente¹²⁸. Para uma utilização legítima do *overruling*, é preciso que se verifiquem uma das seguintes hipóteses: (i) a ocorrência de mudanças sociais substanciais; a título de exemplo, citem-se transformações

¹²⁷ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 145.

¹²⁸ CROSS; HARRIS, *Precedent in English Law*, cit., p. 99.

políticas, tecnológicas, culturais de relevo; ou (ii) alteração da concepção jurídica geral acerca da questão jurídica¹²⁹.

Ressalte-se que a observância quanto à existência de tais pressupostos consiste em cuidado necessário para a preservação do direito fundamental à segurança jurídica, assim como para a proteção das legítimas expectativas dos jurisdicionados quanto à aplicação do direito. E, mais do que isso, a realização de um *overruling* arbitrário atentaria contra a coerência e a integridade do ordenamento jurídico.

Assim, cabe questionar se a mutação constitucional a que se referem os ministros configura um manejo legítimo da técnica do *overruling*.

A esta altura, é oportuno lembrar que o *overruling* é técnica relevante para a flexibilidade do ordenamento constitucional frente a mudanças substanciais da sociedade. Sua rejeição implicaria uma rigidez excessiva da Constituição, isto é, a sua incapacidade de responder a novas circunstâncias. Isso é notório quando se lembra da Constituição americana, cujas transformações se operaram, principalmente, via interpretação judicial.

Isto posto, não há como negar a existência de tendências indicativas de uma caminhada rumo ao reconhecimento da força normativa dos precedentes, principalmente daqueles da Suprema Corte, revestida do papel de guardião da Constituição (artigo 102, caput, da CF/88). São expressões marcantes de tais tendências, conforme se explicou no tópico 3.1, a mitigação da cláusula de reserva de plenário, assim como a possibilidade de julgamento monocrático de recurso pelo relator com base na jurisprudência dominante do tribunal ou dos tribunais superiores. A par desses exemplos, citem-se ainda as súmulas vinculantes, cujo desrespeito enseja o manejo de reclamação constitucional (artigo 103-A, § 3º, da CF/88). Apontem-se ainda, como dispositivos exemplificativos de um reconhecimento da autoridade dos precedentes dos tribunais superiores, a existência de repercussão geral quando os acórdãos recorridos forem contrários à súmula ou jurisprudência dominante do STF (artigo 543-A, § 3º do CPC), assim como os ritos de julgamento de causas repetitivas, previstos nos artigos 543-B (recurso extraordinário) e 543-C (recurso especial).

¹²⁹ MARINONI, *Precedentes Obrigatórios*, cit., p. 392.

Por outro lado, revela-se problemática a aplicação do conceito de mutação constitucional à suspensão da execução da lei. Isto porque, conforme assinalava Jellinek, a mutação deveria deixar incólume o texto. E, ao que parece, isso não ocorre na interpretação do instituto defendida nos votos proferidos na Reclamação 4.335.

Acerca do tema, Lênio Luiz Streck levanta questionamentos pertinentes:

A interpretação da Constituição pode levar a que o STF produza (novos) textos, isto é, interpretações que, levadas aos limites, façam soçobrar os limites semânticos do texto no modo que ele vinha sendo entendido na (e pela) tradição (no sentido hermenêutico da palavra)?¹³⁰

Tampouco é isenta de dúvidas a questão da legitimidade do emprego da técnica do *overruling*, pelo Supremo, a fim de revogar seu entendimento anterior acerca da suspensão. Ainda que seja possível sustentar uma mudança da concepção jurídica acerca do tema, cumpre indagar se a decisão do STF esbarraria nos limites semânticos do texto do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

Quanto ao posicionamento dos ministros na Reclamação 4.335, por fim, anote-se que é desarrazoado sustentar que as decisões do STF devem apresentar eficácia *erga omnes*, na modalidade concreta de controle de constitucionalidade, conforme se passa a explicar.

3.4 As decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concreto como precedentes constitucionais

Colocando-se de lado a questão da ocorrência de uma mutação constitucional, parece insustentável o entendimento da suspensão como necessária para que as decisões do Supremo proferidas em controle concreto sejam alçadas ao patamar de precedentes constitucionais.

Isto porque, lembrando a lição de Cappelletti¹³¹, o *stare decisis* ou a eficácia vinculante dos precedentes integra o *modus operandi*¹³² do controle de constitucionalidade difuso, sendo uma regra a ele imprescindível. A não adoção do

¹³⁰ STRECK, Lênio Luiz. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/4.pdf>. Acesso em: 30 out. 2011, p. 23.

¹³¹ CAPPELLETTI, *O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 80-81.

¹³² MARINONI, *Precedentes Obrigatórios*, cit. p. 458.

stare decisis torna inviável a garantia de um ordenamento jurídico coerente e inteligível.

Frise-se ainda que não parece razoável o posicionamento que sustenta ser preciso atribuir eficácia *erga omnes* às decisões proferidas em controle concreto, a fim de que elas apresentem força normativa. Como bem assevera Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni, “a eficácia vinculante é indispensável a qualquer precedente constitucional, embora a eficácia *erga omnes* seja conatural ao controle objetivo e não à decisão proferida inter partes”¹³³. Em suma, para que as decisões em controle concreto tenham força, é suficiente admitir a sua *força de precedente* em razão da relevância do *stare decisis* para o controle difuso. O *stare decisis* não visa à equiparação de efeitos entre as decisões no controle concreto e abstrato, mas antes à vinculação dos magistrados às *rationes decidendi* formuladas pelos tribunais superiores¹³⁴.

Nesse sentido, assevera ainda o professor Marinoni:

Se as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, têm eficácia vinculante, torna-se completamente impróprio e desnecessário reservar ao Senado Federal o poder para atribuir efeitos gerais às decisões de inconstitucionalidade. Ainda que se imagine que o Senado possa ter esse poder, o fato de esta casa legislativa não atuar não pode conduzir à conclusão de que a decisão do Supremo Tribunal Federal não produziu – ou deixou de produzir eficácia vinculante. A omissão do Senado não pode se contrapor à eficácia vinculante da decisão do Supremo Tribunal Federal¹³⁵.

Assim, a não atuação do Senado suspendendo a execução da lei declarada inconstitucional não pode constituir óbice ao reconhecimento da força normativa dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, órgão cometido da função de guardar a Constituição (artigo 102, caput), por intermédio do zelo pela uniformidade da interpretação do ordenamento jurídico-constitucional.

Entendimento diverso elimina as possibilidades de garantia de um ordenamento dotado de coerência normativa e integridade, isto é, interpretado sincrônica e diacronicamente como um conjunto coerente de normas jurídicas.

¹³³ MARINONI, *Precedentes Obrigatórios*, cit. p. 462.

¹³⁴ Destaque-se que o *stare decisis* ainda exige que os magistrados e tribunais respeitem as próprias decisões, não sendo admissível a revogação de precedentes sem o devido ônus argumentativo, tampouco sem a observância dos requisitos do *overruling*, acima abordados.

¹³⁵ MARINONI, loc. cit.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao cabo do presente trabalho, observa-se a superficialidade das opiniões que julgam ser o *stare decisis* inaplicável à realidade brasileira, com fundamento na visão ultrapassada, derivada da ideologia da revolução francesa, segundo a qual, compete ao juiz do *civil law* apenas dizer as palavras da lei. Igualmente, diante das exigências de uma ordem jurídica coerente e íntegra, pautada no princípio da igualdade, afigura-se equivocado sustentar uma espécie de “livre convencimento do juiz para dizer o direito” em detrimento do respeito aos precedentes judiciais¹³⁶.

Assim, por mero apego à tradição, não pode predominar a interpretação da suspensão como pressuposto para o reconhecimento da força vinculante das *rationes decidendi* das decisões do STF, em sede de controle concreto. Mais do que isso, não deve prevalecer a ideologia segundo a qual o *stare decisis* representa algo incompatível com a realidade brasileira, esquecendo-se que os precedentes obrigatórios são da essência do controle difuso de constitucionalidade¹³⁷.

Ora, se a Constituição defere ao Supremo Tribunal o papel de seu guardião (artigo 102), conferindo a este “a última palavra” sobre o que é constitucional num dado momento histórico, é coerente que suas decisões sejam reputadas como precedentes constitucionais. Ou seja, definido o sentido do ordenamento jurídico-constitucional pelo STF num dado caso, os demais órgãos do Poder Judiciário são compelidos a seguir a *ratio decidendi* por ele formulada, se estiverem diante dos *mesmos fatos materiais*¹³⁸.

À revelia dessas considerações, impera a desordem no cenário constitucional brasileiro, visto que se reputa natural que os juízes, refugiados na prerrogativa da independência funcional, desrespeitem os precedentes fixados pelos tribunais superiores¹³⁹. Em decorrência, inexiste certeza quanto ao sentido que os tribunais conferem ao ordenamento jurídico-constitucional, debilitando-se a força normativa da Constituição e pondo-se em risco a efetividade dos direitos fundamentais.

¹³⁶ MARINONI, *Precedentes Obrigatórios*, cit., p. 174-175.

¹³⁷ CAPPELLETTI, *O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 80-81.

¹³⁸ MARINONI, *Op. cit.*, p. 458-459.

¹³⁹ *Ibid*, p. 206-207.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de. **A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais**. Revista de Informação Legislativa, vol. 15, n. 57, jan/mar 1978. Disponível em: <<http://www.2senado.gov.br/bdsf/item/id/182003>>. Acesso em: 27 jun. 2011.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Considerações sobre a função do Senado Federal de suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal**. Revista de Informação Legislativa, v. 44, n. 154, abr/jun 2007. Disponível em: < <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/140960>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CARDOZO, Benjamin N. **The Nature of Judicial Process**. Disponível em: <http://www.constitution.org/cmt/cardoza/jud_proc.htm>. Acesso: 10 set. 2011.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W., **Precedent in English Law**. New York: Oxford University Press, 2004.

DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GOODHART, A. L. **The ratio decidendi of a case**. The Modern Law Review, n. 22, mar. 1959. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.1959.tb02164.x/pdf>>. Acesso em 10 ago. 2011, p. 119.

GROTE, Rainer. **Rule of Law, État de Droit and Rechtsstaat** – The origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments. Disponível em: <<http://www.eur.nl/frg/iac/papers/grote.html>>. Acesso em: 15 jan. 2010.

KNIFFIN, Margaret N. **Overruling Supreme Court precedents**: anticipatory action by United States courts of appeals. *Fordham Law Review*. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol51/iss1/2>. Acesso em: 05 set. 2011. P. 53-89.

LEDERMAN, Howard Yale. **Judicial Overruling**. Time for a new general rule. *Michigan Bar Journal*, Set. 2004. Disponível em: <http://www.michbar.org/journal/pdf/pdf4article740.pdf>. Acesso em: 05 set. 2011. P. 22-24.

MACCORMICK, Neil. **Can stare decisis be abolished?** *Judicial Review*, 1966.

_____. **Retórica e Estado de Direito**. Uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Eficácia Vinculante: a ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes**. *Revista de Processo*, ano 35, n. 184, jun. 2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARSHALL, Geoffrey. **What is binding in a precedent?** In: Neil MacCormick; Robert S. Summers. *Interpreting Precedents – a comparative study*. Brookfield: Ashgate Publishing Company, 1997.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A Teoria das Constituições Rígidas**. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O Papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade**. *Revista de Informação Legislativa*, v. 41, n. 162, abr/jun 2004. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176518>. Acesso em: 26 jun. 2011.

_____. COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition – an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. 3ª ed. California: Stanford University Press, 2007.

PECZENIK, Aleksander. **The Binding Force of Precedent**. In: Neil MacCormick; Robert S. Summers. *Interpreting Precedents – a comparative study*. Brookfield: Ashgate Publishing Company, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 14, n. 57, out/dez de 2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/4.pdf>. Acesso em: 30 out. 2011.

WESLEY-SMITH, Peter. **Theories of adjudication and the status of stare decisis**. In: *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.